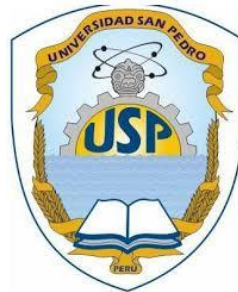


UNIVERSIDAD SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



La filiación extramatrimonial y su aplicación

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OBTENER EL
TITULO DE ABOGADO**

Autor:

Huapaya Soria, Pedro Jan Pierre

Asesor:

Mg. Carrillo Cisneros, Félix

HUACHO- PERU

2018

PALABRAS CLAVES

Tema	La filiación extramatrimonial y su aplicación
Especialidad	Derecho de Familia

Text	The exramatrimonial filiation and Its application
Specialty	Family right

Línea de investigación: Derecho

DEDICATORIA

Dedicado en primer lugar a los tres pilares de mi vida, mi mamá, mi hermana y mi abuela a mis buenas amistades y personas que se preocupan por mi desarrollo, buscando siempre impulsarme en este camino de grandes retos quizá difíciles, pero no imposibles.

AGRADECIMIENTO

A mi madre, por nunca dejarme a pesar de las adversidades, por siempre enseñarme los mejores ejemplos, por ser una madre ejemplar, luchadora y motivadora. A mi abuela que ha seguido todo mi camino hasta este momento y seguirá pasando mis logros para felicidad propia, ya que sus ejemplos siempre los tendré presente por los valores que me ha brindado.

INDICE GENERAL

Carátula	
Palabras Claves	2
Dedicatoria	3
Agradecimiento	4
Índice General	

LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL Y SU APLICACIÓN

RESUMEN	8
1. DESCRIPCION DEL PROBLEMA	9
a. A Nivel Internacional	10
b. A nivel Nacional	10
c. A nivel Local	10
2. MARCO HISTORICO	11
2.1 Filiación	12
2.2 La familia y el matrimonio	14
3. MARCO TEORICO	16
3.1 Etimologías según la RAE	16
3.2 Generalidades de la Filiación Extramatrimonial	17
3.3 Concepto	17
3.4 La descodificación de la norma procesal civil	17
3.5 Características	18
3.6 La competencia del Juez	18
3.7 La titularidad de la acción	19
3.8 Lineamientos del proceso	19

3.9 Sistema abierto	20
3.10 Existe únicamente un proceso para la determinación de la paternidad extramatrimonial	21
3.11 Adecuación de los procesos en trámite	22
3.12 Características adicionales	22
3.13 Bases teóricas	22
3.13.1 Teoría de la Identidad	22
3.13.2 Naturaleza de la Identidad	23
3.13.3 Derecho al nombre	23
3.14 Teoría de la filiación	24
3.14.1 Principios de la filiación	24
3.14.2 Clasificación de la filiación	24
3.14.3 Teoría de la filiación extramatrimonial	25
3.14.4 Hijos Extramatrimoniales	26
3.14.5 Medios probatorios de la filiación extramatrimonial	26
3.14.6 Reconocimiento del hijo extramatrimonial	27
3.14.7 Regulación legal sobre filiación	29

4. TRAMITE DEL PROCESO DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

4.1 Demanda	31
4.2 De la defensa y la oposición	32
4.2.1 De la defensa	32
4.2.2 Excepciones	32
4.2.3 Oposición	33
4.2.4 Costo de la prueba	33
4.2.5 La no oposición	34
4.2.6 La inversión de la carga de la prueba	34
4.2.7 La diferencia entre la negativa y la oposición	36
4.2.8 La negativa como sucedáneo, es una presunción	36
4.3 Del mandato de paternidad	37
4.3.1 Consecuencias del mandado de paternidad	38

4.4 Declaración de paternidad	38
4.5 Apelación	39
5. LEGISLACION NACIONAL	40
5.1 Modificatorias a la Ley N° 28457	44
6. DERECHO COMPARADO	50
6.1 Argentina	50
6.2 Costa rica	51
6.3 Ecuador	53
6.4 Estados Unidos de Norteamérica	54
6.5 Chile	55
7. JURISPRUDENCIAS	56
8. ANALISIS DEL PROBLEMA	61
9. CONCLUSIONES	63
10. RECOMENDACIONES	64
11. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65
12. ANEXO 01 PROYECTO DE SENTENCIA	
CAS N° 6895-2014- HUAURA	67

RESUMEN

El presente trabajo respecto al Proceso de Filiación Extramatrimonial, viene ligado directamente al Derecho a la Identidad y a su vez al modo de reconocimiento de la paternidad derivada de la unión no matrimonial, siendo que este problema se viene desarrollando en todo los lugares y rincones por así decirlo “del mundo”, pero me baso en específico de la ciudad de Huacho, en los cuales los encargados de desarrollar y resolver de estos temas de filiación son los juzgados de paz letrado, siendo estos cuatro, en los cuales los procesos de filiación están a la orden del día, ya que siendo un fenómeno de internacionalización, ya que hoy en días las relaciones sexuales fuera del matrimonio se han vuelto rutinarias y comunes, así como la relación sexual entre jóvenes y también personas adultas, del mismo modo las personas casadas.

En este marco se aprecia que la filiación es directamente determinada por la prueba más eficaz que es la del ADN, que si no es practicada al supuesto padre, se le puede practicar a los familiares directos de este, resultando de ese modo una prueba irrefutable, ya que en este caso no se puede dudar de una prueba científica realizada en un laboratorio autorizado para tal hecho, determinando de este modo el vínculo padre-hijo ya que en este caso es indiscutible la maternidad.

Siendo así que los casos de filiación extramatrimonial son resueltos eficazmente por los juzgados; pero que sucede cuando en el mero trámite de este proceso, se podría poner en cuestionamiento o duda la paternidad de un menor tan solo porque éste no formula una contradicción al respecto ya que teniendo tan solo diez días para absolverla y quizá no siendo éste el padre, y no teniendo los recursos económicos para presentar su contradicción ante los juzgados, se le podría considerar padre judicialmente a un menor que quizá no sea suyo, tan solo por la escasez económica.

Por ello el estado debería brindar los medios económicos para la utilización de los reactivos y materiales suficientes para poner a disposición la prueba gratuita en general para la determinación de la prueba de ADN.

DESCRIPCION DEL PROBLEMA

El problema se originó ya que el código Civil de 1984 no previó los avances biocientíficos, de modo que se regulada a un sistema desfasado con la realidad. Perduró años sin hacer caso de las necesidades poblacionales, llevando a un estado de fosilización al derecho de la filiación. En el verano del 2004, mediante una iniciativa legal en las propuestas de la Ceriajus, Comisión especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia, proyectando la necesidad y se desarrolla un texto normativo que detallaba el proceso especial de filiación; aun así teniendo actualmente todos los avances científicos necesarios para la determinación de la prueba de ADN, aún se continua con la falta de identificación de los padres respecto a los hijos, ya que siendo una prueba costosa, no todos tienen los medios necesarios para su acceso.

La Ley N° 28083, mediante la que se crea la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia - CERIAJUS. Su finalidad fue elaborar el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia. Como indica el artículo 1, este Plan debía contener una propuesta global y concertada de reforma de la administración de justicia. El fundamento exacto del CERIAJUS fue:

La propuesta procura enfrentar de manera expeditiva, económica y equitativa uno de los problemas sociales más graves y extendidos en el país. Casi un millón y medio de personas tienen directa o indirectamente problemas de filiación extramatrimonial. La idea ha sido contar con un procedimiento propio que respetando los derechos de los involucrados, pero utilizando medios coercitivos y eficaces, permita alcanzar justicia de manera oportuna.

La filiación es un problema muy sensible, humano de por sí, ya que la paternidad es un problema social que el Estado debe resolver, porque existe un millón de niños sin un padre que los haya reconocido. Niños sin identidad plena.

Habiendo revisado el material bibliográfico y también con la información conseguida de internet, se encontraron también estos modos como antecedentes al problema de la filiación extramatrimonial, los cuáles son:

a) A Nivel Internacional

“Las consecuencias jurídicas y genéricas derivadas del Establecimiento de la Declaratoria Judicial de Paternidad” escrita por Noemi Hernandez y Chichique Morales llegan a determinar a que los medios de prueba tradicionales deben ser regulados por ley de otra forma; ya que en el proceso común tenía mejor valor probatorio, en el proceso de familia, su valor es secundario en el sentido que la prueba científica de ADN, resulta ser más eficaz para resolver la atribución o no de la paternidad.

b) A Nivel Nacional

Ley 28457 y su incidencia en el Marco Legal Peruano, el cual menciona que debe darse un marco legal que obligue a los padres a cumplir sus responsabilidades como tal, como la prueba de ADN, la cual debe estar al alcance de las partes, quienes deberán asumir con responsabilidad el costo y la actuación de los mismos. La valoración y actuación de la prueba de ADN debe conllevar al beneficio directo del menor, en aplicación al Derecho de Identidad siendo ponderado frente a los derechos del mismo nivel como son: el derecho a la unidad familiar, una estabilidad emocional, la misma que en muchos casos es frustrada por caprichos personales de los padres irresponsables en su tiempo.

c) A Nivel Local

Según Ortega Lacma “La prueba de ADN en la determinación positiva de la paternidad”. El cuál menciona que el Código Civil no contempla el régimen de la prueba tazada ya que imperan los principios de la libertad de prueba, de discrecionalidad, de soberanía casi absoluta de los jueces y magistrados para admitirlas, el libre criterio del juzgador.

Como lo menciona Andrea Cornioley, de que con las pruebas de sangre se trata de descubrir las exclusiones y por ende no se pretende probar la paternidad si no la paternidad equivalente a verificar la inocencia del acusado.

Este problema debe ser resuelto con la mayor urgencia, pero viendo y analizando nuestra propia realidad social, cultural y económica, me deja a decir que penosamente es un trámite que quizá sea realizado la gratuidad de la prueba de ADN en favor del menor, por así decirlo, exonerando al padre del pago de ésta prueba, se daría en unos 30 años o 40 años o quizá nunca, ya que el estado no tiene al parecer el mayor interés en la sociedad, ya que me tengo que sincerar de ese modo, pero se debe buscar alguna pronta solución quizá mediante convenios extranjeros o apoyos de entidades para poder salvaguardar la IDENTIDAD del menor en cuestión al momento de la realización del ADN o en éste caso de la búsqueda de su padre que sea acreditado por medio científico.

2. MARCO HISTORICO

A través de los años el hombre ha pasado por muchas fases de la evolución humana, en el cual primó el derecho materno. La mujer siempre fue considerada como una persona clara, pura y sincera, pero no así exactamente es considerada la idea del hombre.

Respecto a esto, la ley siempre busco dar una respuesta eficaz a este tema, mediante la creación de reglas en materia de filiación. Fueron planteadas numerosas teorías a lo largo del tiempo para poder esclarecer un nexo parental, dándole el peso real, práctico y efectivo que amerita. En otro sentido, la maternidad siempre fue considerada como un hecho, en cambio la paternidad fue siempre una especulación.

Según fomentan diversas teorías como la de los ovistas en las cuales para una Tribu llamada Bassari, ubicada entre Senegal y Guinea, ellos consideran que el niño es exclusivamente producido por la madre, ya que el varón sólo deposita el esperma, no teniendo ningún otro rol específico.

Otra teoría que se contrapone es la de los espermistas, en la cual uno de los primeros en realizar una representación respecto al feto humano, en el cual estos sostuvieron que el único aporte de la hembra, es el de proveer el ambiente para que se desarrolle el espermatozoide, tan al punto del pensamiento de los griegos cuando decían que hacer un hijo es como meter un pan dentro del horno.

Luego de éstas, llega la teoría de la Pangénesis, la cual establece que cada progenitor colabora en la descendencia, considerando que esta viene de una mezcla de las características de los padres.

2.1 Filiación.-

El determinar la paternidad consiste en establecer jurídicamente la filiación, adecuándola al fundamento natural que es la procreación. Podría decirse que es la constatación jurídica de la paternidad biológica.

La prueba genética como pericia, marcó terreno sobre el resultado preciso de la paternidad, dejando al Juez tan solo la valorización de ésta al momento de emitir sentencia.

Según nos muestra el Derecho de Familia, y como doctrina especializada, ésta considera al proceso de filiación como un proceso netamente pericial, fundamentando que los lazos biológicos valorados por la prueba genética de ADN son irrefutables sobre algún otro medio de prueba.

Ahora, siguiendo la misma base anterior, la norma nos ofrece un proceso sustentado en el resultado pericial, cuya fuerza, contundencia y exactitud genera una convicción plena en el juzgador.

***Alcance de una jurisprudencia colombiana**

Esta jurisprudencia reconoce que: Cuando el dictamen pericial aparece fundado en principios científicos y técnicos inobjetables y no existe otra prueba que la desvirtúe, la sana crítica aconseja frente a la imposibilidad de oponer argumentos de éste tipo de mayor valor aceptar las conclusiones de aquella.

“El fundamento de éste proceso de paternidad, justifica su diseño procedimental especial, economizando al máximo la labor de las partes, dejando a la ciencia sustentar las pretensiones.”

El diccionario de la Real Academia Española define a la bigamia como “estado de un hombre casado con dos mujeres a un mismo tiempo, o de la mujer casada con dos hombres”.

Cornejo, Ángel Gustavo (1937, el concepto jurídico de Bigamia, como bien sostuvo en su oportunidad Ángel Gustavo CORNEJO, concuerda con su significado etimológico y sociológico. Respecto al significado etimológico, tenemos que la palabra Bigamia viene de las expresiones latinas “bis” (“dos veces”) y “gamia” (“unión”). En cuanto al significado sociológico, el término “bigamia” se relaciona con la “poligamia”.

En general el delito de bigamia consiste en contraer un nuevo matrimonio estando ya casado válidamente; o sin ser casado, sí lo está la persona con la cual se contrae matrimonio. Esto quiere decir que no solamente será castigada por la ley la persona que vuelve a casarse sino también la persona que contrae matrimonio con ésta a sabiendas de que era casada. Además, según la ley peruana solo tiene validez el primer matrimonio, debiendo entenderse como matrimonio, el civil y no el religioso, toda vez que sólo es reconocido el primero de ellos.

No obstante lo anterior debemos aclarar dos conceptos sobre el tema, lo relativo a su necesario vínculo con el derecho civil y su ubicación dentro del grupo denominado Matrimonios ilegales. En esta figura típica, jurídica y culpable no se parte de la pura dogmática penal, sino por el contrario son las instituciones del derecho civil de familia, las que le dan contenido así nuestro artículo 274 del código civil sobre la validez del matrimonio, en su numeral 3, regula los alcances de del matrimonio nulo del CASADO, salvo excepciones legales contempladas en el propio numeral, pero queda claro la condición de elemento normativo que corresponde a la expresión “matrimonio”, que supone la necesidad de recurrir a los contenidos que el Derecho Civil da a dicha institución y a otras vinculadas a ella, no obstante es cierto también, que es el ordenamiento jurídico penal nacional quien reconoce en su nivel la importancia de la familia y del matrimonio, de allí que su inclusión dentro del catálogo de intereses penalmente tutelados nos venga de antigua data. En cuanto a lo segundo, como es característico de los tipos comprendidos en el capítulo I del Título III de la Parte Especial de nuestro Código Penal, estos requieren la celebración de un matrimonio ilegal, elemento normativo que incluye no solo a los supuestos a que hacen referencia los artículos 139 y 140 del Código Penal (Que son en líneas generales los dos tipos de bigamia que recoge la doctrina nacional y extranjera como son la Bigamia Propia como Impropia), sino que incluye además todos aquellos otros casos en los que el matrimonio no cumpla los requisitos de ley y resulte por tanto “ilegal”. Esto quiere decir que el elemento normativo “matrimonio ilegal” debe ser equiparado a matrimonio nulo, conforme lo aporta el derecho civil.

2.2 La familia y el matrimonio.-

Previo a este concepto debemos desarrollar la figura pilar como es la Familia, toda vez que siendo una de las expresiones de comunidad humana más básica, vinculada a la religión y al lenguaje, resulta siendo una de las más antiguas y de mayor importancia para la institución del matrimonio.

El hombre desde los albores de la humanidad ha partido en lo más primitivo por fundar una Familia o clán y sobre la base de ella constituyó la institución del Matrimonio, con dos claros objetivos el primero de orden particular, cual fue la protección o defensa contra los elementos externos que hacían peligrar su propia existencia y el segundo de orden social, en la medida que es el primer entorno en donde surge todo ser humano y alcanza seguridad.

Para Guillermo Cabanellas (2003), citada por Eduardo J Meza Flores, ETIMOLOGICAMENTE sostiene que la voz “Matrimonio” proviene de “Matrimonium” compuesto por matri (que denota matris) genitivo de mater, madre y manus, cargo u oficio de la madre. Asimismo en la suma teológica pos Santo Tomas se establece 4 acepciones 1º de matremmunies, defensa de la madre, 2º de matremmonens, porque proviene de la madre que no se aparte del marido. 3º matre nato, por cuanto la mujer se hace madre nacido: 4º de motos y materia porque al ser dos en carne una, forman los cónyuges o matrimonio una sola materia.

El profesor chileno Hernán Corral Talciáni (2005) establece que Familia y Matrimonio están íntimamente ligados, es decir siendo la Familia una institución exigida por la misma naturaleza del ser humano para la perpetuación de la especie y la realización personal de sus componentes, es la unión matrimonial el vínculo que mejor la representa, al punto que según el Derecho natural en esto refiere los pensamientos de Santo Tomas de Aquino sobre los dos aspectos fundantes de la familia como es el natural desarrollo y procreación en unidad y la superación y ayuda de los miembros basados en el amor el Matrimonio se vuelve en la única puerta de entrada para formar una familia, de tal forma que Familia y matrimonio se vuelven dos instituciones que se vinculan necesariamente y que en cierta forma se confunden y asimilan.

Carlos RogelVide (2008) explica, que debemos entender doctrinariamente como concepto de Estado civil, un concepto fundante en dos sentidos: Subjetivo y Objetivo, sea en relación a la posición o al estatus de esas circunstancias consideradas

como esenciales. En la actualidad existen los estados civiles indiscutido como son: Los de familia, los de pertenencia a un Estado (Nacionalidad, Ciudadanía), la edad, la incapacidad, etc. En este contexto el autor desarrolla el concepto del MATRIMONIO, como un estado civil en el sentido de que, en base a la unidad de vida impuesta a los cónyuges y a la formación de una comunidad familiar con fines propios, surgen deberes, obligaciones y limitaciones a la capacidad de obrar de cada cónyuge por separado, que no lo tiene quienes no estén casados, pero que se inspiran en la igualdad de posiciones y que supone una superación a anteriores épocas, donde el matrimonio implicaba fuertes restricciones en la capacidad de obrar de la mujer casada, restricciones que hoy la mayoría de Constituciones dan por descontadas.

El maestro Héctor Cornejo Chávez (1988) al referirse al MATRIMONIO nos dice que, si bien Aristóteles y Santo Tomás de Aquino atribuyen al Matrimonio un doble propósito de un lado la procreación y educación de la prole y de la otra el mutuo auxilio entre los cónyuges, es esta última en realidad como una revaloración de la comunidad de vida entre los esposos la que se vuelve sin cohonestar a la procreación como punto medular del matrimonio en la finalidad básica de la misma. Por tanto, el aceptar estos conceptos nos permite aceptar como válida la teoría del Matrimonio como Contrato y como Institución a la vez ya que sólo aplicada en ambos conceptos se puede explicar todas sus características, es decir que se puede afirmar que mientras el Matrimonio como ACTO es un Contrato, como ESTADO es una Institución.

3. MARCO TEORICO

3.1. Etimologías según la RAE (Real Academia Española).-

Filiación: Respecto a filiar o filiarse, palabra en la cual existe procedencia de los hijos respecto a los padres.

Extramatrimonial: Que se produce fuera del matrimonio.

ADN: Ácido Desoxirribonucleico, compuesto orgánico que contiene la información genética de un ser vivo y de algunos virus.

3.2. Generalidades De La Filiación Extramatrimonial.-

La procreación de modo natural es un acto netamente biológico que implica la participación de dos personas, del modo que cada uno de nosotros nos debemos sentirnos identificados con nuestros ascendientes.

La necesidad del hombre siempre ha sido la de conocer de manera precisa, sus orígenes, la búsqueda de quienes fueron sus ancestros. Al igual que el modo de la descendencia de los reyes, no era un tema neto de intimidad o de reserva privada, sino se trataba de por medio el trono a heredar, el destino del propio país, la corona y el poder.

Diversos factores impulsaron a la reforma de la filiación en el Código Civil Peruano, ya que lo normado en su oportunidad, resulto algo obsoleto, poco efectivo sin encontrar soluciones. Debido a esto el 8 de enero del 2005, se dictó la Ley N° 28457 que aprueba el proceso especial para investigar la paternidad extramatrimonial. Siendo así que la nueva normatividad va de la mano con la urgente actualización que requieren nuestras leyes en materia de precreática y genómica.

3.3. Concepto.-

La palabra filiación viene del latin filiatio, y le da el significado de, acción y efecto de filiar o filiarse, procedencia de los hijos respecto a los padres, dependencia que tienen algunas personas o cosas respecto a otras.

3.4. La descodificación de la norma procesal civil.-

La filiación extramatrimonial, es un proceso especial EX CODE, el cual no se trata en el Código Procesal Civil, ya que el pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, realizado el 21 de junio del 2005, acordó por

unanimidad, que la LEY N° 28457 crea una forma especial de solicitar la filiación de paternidad extramatrimonial, deben cumplirse con la misma y en efecto tramitarse la filiación extramatrimonial, debe cumplirse con la misma y en efecto tramitarse la filiación extramatrimonial, en este proceso especial, dado que el proceso que se ha diseñado por la Ley N° 28457 que modifica el artículo 402 del Código Civil, es un proceso de naturaleza especial que no se ajusta a ninguno de los procesos del Código Civil.

Cabe precisar que antes de la creación de la Ley N° 28457, ninguno de los procesos del Código Civil cumplía con satisfacer la pretensión de paternidad ni la fuerza probatoria que tiene el ADN. Por ello, ese vacío legal fue subsanado por la promulgación de la Ley mencionada, siendo así que el Legislador Optó preferentemente por dictar una ley en vez de modificar el Código Civil, produciéndose de ese modo la descodificación.

El fundamento de este proceso de paternidad justifica su diseño procedimental especial, economizando al máximo la labor de las partes, dejando a la ciencia sustentar las pretensiones.

3.5. Características.-

Al tratarse de un proceso especial, sui generis. Su singularidad está representada en un conjunto de características que lo connotan, otorgándosele de este modo un nivel que se diferencia de los otros. Estas son las características del nuevo proceso de paternidad extramatrimonial.

3.6. La competencia del Juez.-

El Juez de Paz Letrado es competente para conocer los procesos de Declaración Judicial de la Paternidad Extramatrimonial.

La labor recae en el Juez de Paz letrado ya que, no existiendo una complejidad en el proceso, sino únicamente fallar en base al resultado genético, la actividad del Juez es mínima por lo que se le consideró su competencia. Al tratarse de un mero trámite, no requiere ser visto por un Juez especializado. Además, la filiación es un tema tal común y de vida social que este Juez es el más idóneo para conocerlo ya que a través de este proceso se busca la cultura de paz en la medida de prevenir los conflictos personales y sociales desde sus orígenes.

Es muy probable que se le haya atribuido esta competencia por el modo de facilitar el acceso y de evitar la casación, es decir para que el proceso muera en la línea de tendencia ante el propio Juez de la Letrado o a lo más, ante el Juez de Familia.

3.7. Titularidad de la acción.-

La regla general que contempla el Código Civil es que las acciones de paternidad son personales. El artículo 407 establece que la acción judicial de paternidad extramatrimonial corresponde “solo” al hijo, pues es éste quien tiene la legitimidad para obrar, pudiendo la madre actuar en representación si el hijo fuera menor de edad. La nueva ley permite a “quien tenga legítimo interés” poder accionar por paternidad a favor de un tercero.

3.8. Lineamientos del proceso.-

El proceso aprobado está estructurado sobre la base de los siguientes lineamientos:

- **Modernidad:** Se trata de un proceso actualizado de acuerdo a la efectividad de los avances biocientíficos. Tomando en cuenta el grado de certeza del ADN debería existir un proceso que utilice y reconozca dicho resultado de manera directa y primaria (no en segundo plano), creándose así un trámite judicial especial.

El carácter científico, el grado de efectividad y certeza que tiene la prueba de ADN, es reconocida en la jurisprudencia local desde hace tiempo atrás. Exp. N° 316-88-LIMA; Exp. N° 3114-96-LIMA, Exp. N° 542-97-LIMA.

- **Proceso sui géneris:** Algunos refieren que se trata de un proceso especialísimo, otro de un proceso monitorio, pero en realidad este proceso cambia todas las reglas de la investigación filial presentando un modelo ejecutivo de averiguación del estado.
- **Basado en la efectividad del ADN:** Aquí se fundamenta la fuerza y la contundencia de los resultados genéticos que pueden obtenerse del ADN (99.99%). Teniendo también en cuenta el criterio judicial brasileño en el cual menciona que la identificación genética por ADN es un valioso recurso para una administración de justicia rápida y justa.
- **Acceso a la Justicia:** Este proceso estimula la canalización de acciones de filiación ya que existen trámites tan largos que desaniman a los litigantes. Siendo el acceso a la Justicia un derecho fundamental del ciudadano y un deber del Estado.

3.9. Sistema Abierto.-

El sistema de investigación de la paternidad extramatrimonial asumido es uno de tipo abierto. No solo porque tiene flexibilidad y admite todo tipo de prueba, sino porque, fundamentalmente, el aspecto biológico es el que marca el norte. Se reconoce la libertad en la averiguación del nexo parental, sin restricciones, quedando descartadas las posibilidades basadas en los desaires, ofensas y escándalos que puedan producirse ya que de esto compartimos la opinión de **Veléz Sársfield**, quien sostuvo en 1958 su posición contraria a que la indagación de la paternidad sin restricciones podría desencadenar grandes escándalos, chantajes e incluso un atentado contra la

moral. Debido a ello manifestó tajantemente que no se trata de descubrir un crimen sino simplemente, de determinar quién es el progenitor o progenitores de una persona, lo que de ninguna manera puede ser un escándalo, por el contrario, la prohibición de la indagación de la paternidad destruye las leyes que crean el orden familiar, lo que sí es un escándalo, de tremenda dimensión. ***Vélez Sársfield y el Derecho en Latinoamérica***

Este proceso constituye un nuevo estatuto filiativo en materia de paternidad extramarital sustentado en el derecho a la identidad, en el interés superior del niño y en una sociedad con valores claros. Por ello que la falta de reconocimiento, negar el legítimo derecho de un niño a tener un padre es una forma de violencia familiar.

Es prescindible aclarar también que el ADN es una prueba fehaciente, no es una causal, ya que ésta es un medio efectivo para esclarecer la filiación. No hay en ella nada que probar, sirve para la demostración de lo alegado. La jurisprudencia del año 1992 se orienta sobre el criterio abierto para el establecimiento de paternidad.

3.10. Existe únicamente un proceso para la determinación de la paternidad extramatrimonial.-

La indefinición de la paternidad, la naturaleza de la mujer de ser “madre”, de haber parido y criado a su descendencia, cosa que no sucede con un varón, hace que el sendero sea largo para discutir el parentesco dentro del sistema judiciales que acompañaron la poca fortuna de los procesos judiciales. Dentro de este proceso los principales afectados son el hijo y la madre. Primero sin una identidad definida y la segunda que es cargando toda la responsabilidad de formar una persona, un ciudadano. La responsabilidad no sólo es de la mujer sino también de aquel que colaboró en el engendramiento.

La aplicabilidad del proceso recae sobre la paternidad y no para la maternidad, siendo no aplicable a otro tipo de acciones filiales, ya que la primera se sustenta en la mayor carga procesal, aunque hay casos que existen personas sin padre y sin madre.

3.11. Adecuación de los procesos en trámite.-

Según lo establece la cuarta disposición complementaria de la Ley N° 28457: “Los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la presente ley”. Aquí la demanda se adecua como demanda, la contestación como oposición y si el proceso se encuentra en etapa de la realización de la prueba del ADN, se dictará el auto de filiación, el mismo que estará a los resultados de la prueba, procediéndose con los artículos N° 3° y 4° de la Ley N° 28457

Si bien la ley no dispone de reglas de adecuación específicas, es función del Juez dictar las medidas necesarias y pertinentes para lograr la finalidad del proceso. La adecuación es aplicable a los procesos cuya pretensión es acreditada con el pedido de someterse a la prueba de ADN u otra similar.

3.12. Características Adicionales.-

Se agrega adicionalmente las siguientes:

Singular: Típico en cuanto a su tratamiento

Declarativo: Establece una paternidad legal contenida en los genes

Plenario: Reúne en acto concretos los principales actos procesales

Rápido: Plazos cortos

3.13. Bases Teóricas

Bases Teóricas Jurídicas

3.13.1. Teoría de la Identidad.-

El derecho a la identidad por ser más amplio, comprende el derecho al nombre y el derecho de toda persona a conocer a sus padres y a llevar sus apellidos.

3.13.2 Naturaleza de la Identidad.-

La jurisprudencia Italiana ha puesto de relieve tres notas características del Derecho a la Identidad:

Primero, la identidad personal abarca y comprende todos los complejos y múltiples aspectos de la personalidad, lo que cada uno realmente es y significa en su proyección coexistencial.

Segundo, destaca la objetividad de la identidad personal, entendido en el sentido de la correspondencia entre comportamientos externos relevantes del sujeto y la representación de la personalidad.

Tercero, la identidad personal se caracteriza por su exterioridad, la cual se refiere al sujeto en su proyección social, en su dimensión de coexistencialidad. De éste modo entendemos que el derecho a la identidad, no es ni más ni menos que el derecho a ser uno mismo y a ser percibido por los demás como quien es.

3.13.3. Derecho al Nombre.-

El nombre es la expresión visible y social mediante el cual se identifica a la persona, por lo que adquiere singular importancia dentro de los derechos de la persona.

El nombre identifica al sujeto. La importancia de la identificación con un nombre no sólo pasa por el aspecto formar y nominal, sino que tiene un componente social porque el niño o adolescente se relaciona, vive en un espacio, se desarrolla y tiene características propias y únicas. El derecho al nombre permite acceder a otros derechos como salud, educación, ciudadanía, nacionalidad, identidad, protección y participación, por lo tanto corresponde a los padres brindar sus apellidos a sus hijos.

3.14. Teoría de la filiación.-

La filiación es la relación de parentesco más importante que se da de hijo hacia sus padres y cuando esta relación es de progenitores a hijos se denomina paternidad o maternidad. Es una de las instituciones fundamentales del Derecho de Familia, cuya estructura se basa en dos hechos propios de la naturaleza: unión sexual del varón, mujer y la procreación de los hijos.

3.14.1. Principios de la Filiación.-

Existen dos planteamientos dentro de este principio. El primero de estos menciona que no existe filiación si no está legalmente probada. La otra menciona que los efectos de la filiación son independientes del medio de prueba aportado. Siendo así que la filiación probada que sea, contiene todos sus efectos que derivan de ella. Otra por su parte menciona que los efectos de la filiación son independientes del momento de su prueba, de tal modo que probada la filiación, sus efectos abarcan tanto el presente como el futuro.

3.14.2. Clasificación de la filiación.-

El Código Civil Peruano vigente, regula dos clases de filiación, matrimonial y extramatrimonial. En el caso del hijo extramatrimonial, éste podrá acceder a esta condición de hijo, si es reconocido voluntariamente por el padre en el registro civil, en testamento o en escritura pública o ante la negativa de éste, recurrir al órgano jurisdiccional, para que la vía judicial lo declare como tal.

Con la constitución de 1993, el Código Civil de 1936, hacía distinción al hijo extramatrimonial, llamándolo hijo ilegítimo. Luego de ello, con la Constitución Política de 1979 que en su artículo sexto estableció la igualdad entre los hijos, precisando:

“Todos los hijos tienen iguales derechos está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad”

3.14.3. Teoría de la filiación extramatrimonial.-

En la filiación extramatrimonial se establecen dos presupuestos, una es la maternidad y la otra la paternidad, es en estos dos supuestos que actúa la ley, por una parte, la filiación materna es por así decirlo, fácilmente de establecer ya sea por la gestación y el nacimiento que constituyen dos hechos biológicos visibles.

Cornejo Chavez (1999), sostiene que “la maternidad se manifiesta por hechos visibles, objetivos, tangibles y por todo ello susceptible de prueba, concluyente o convincente, a saber, el embarazo y el parto, el abultamiento del vientre materno y la expulsión física del feto...”

La declaración de la maternidad o no exige mayores problemas, ya que incluso son los mínimos casos que se presentan siendo ello posible se realiza por reconocimiento voluntario o por sentencia judicial (cuando se acredite el parto de la madre y la identidad del hijo, recurriendo así a pruebas biológicas)

Otro de los supuestos de la filiación extramatrimonial, en la cual existen demasiadas cuestiones por aclarar, para ello debemos tener en cuenta el artículo 402 del Código Civil y su incisos, el cual son presunciones y que son un requisito para indagar la paternidad, no determinan automáticamente la paternidad, éstas deben ser probadas, son presunciones iuris tantum, admiten debate a la alegada relación filial, pierden su eficacia frente a hechos biológicos, son desestimadas plenamente cuando se hallan demostrado biológicamente, para el cual nos regulamos directamente con la Ley N° 28457.

3.14.4. Hijos Extramatrimoniales.-

Se entienden como los concebidos y nacidos fuera de una relación matrimonial.

Cornejo Chavez (1999), señala: “Por tanto, para que alguien sea hijo extramatrimonial será preciso los dos hechos, la concepción y el nacimiento, se produzcan fuera del matrimonio.

En la filiación extramatrimonial los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia, de allí que la voluntad (reconocimiento) o la imposición legal (declaración judicial) son los medios de establecerla.

La filiación extramatrimonial, es el hecho o circunstancia social en la que se concibe o nace un niño sin que los padres biológicos tengan un vínculo legal con el sujeto de derechos, toda vez que no se encuentra casados, esto no quiere decir que el hijo no sea querido o deseado por sus padres; lo cual implica, que al momento de la concepción o del nacimiento los progenitores solamente no estaban unidos por un vínculo legal alguno con su padre biológico, lo cual no impide que con posterioridad el menor sea reconocido voluntaria o forzosamente el padre.

3.14.5. Medios probatorios de la filiación extramatrimonial.-

Esta admite solo dos medios probatorios, los cuales comprende el reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o maternidad, mediante las cuales se asentará una nueva partida o acta de nacimiento. EL reconocimiento para que tenga valor de prueba plena debe ser efectuado en forma solemne:

- a) En el registro público de nacimiento, el reconocimiento en el registro puede hacerse en el momento de inscribir el nacimiento o en la declaración

posterior mediante acta firmada por quien lo practica y autoriza por el funcionario correspondiente.

- b) En escritura pública, cuando se reconoce al hijo extramatrimonial ante un notario de manera voluntaria por medio de una escritura pública, debiendo el notario incorporarlo a su protocolo notarial.
- c) En testamento, cuando se reconoce al hijo extramatrimonial ante un notario de manera voluntaria de una escritura, debiendo el notario incorporarlo de igual modo al protocolo notarial.

3.14.7. Reconocimiento del hijo extramatrimonial.-

El reconocimiento es un acto personal que puede realizarse en el registro al momento de declararlo, también se puede efectuar por acta en la misma partida de nacimiento, y por medio de otros instrumentos como son la escritura pública y el testamento, como lo prescribe los artículos **390** y **391** del Código Civil, el reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio no admite modalidad y es irrevocable, como lo preceptúa el artículo **395** del Código Civil Peruano.

Cuando el hijo no ha sido reconocido voluntariamente de su progenitor, este puede demandar la Declaración Judicial de paternidad o Declaración Judicial de filiación con la finalidad de que por sentencia se declare al demandado padre del actor y a su vez que éste es hijo del emplazado.

El sustento legal de esta acción se encuentra en el artículo **402** del Código Civil que establece seis supuestos para la declaración judicial de filiación extramatrimonial.

En definitiva, el reconocimiento de paternidad, e eminentemente un acto voluntario, es la expresión formal de la voluntad del progenitor que declara

su paternidad y, consecuentemente, constituye un acto de emplazamiento filial. Este acto solo otorga la filiación a los hijos, por una u otra razón tiene la anuencia o gracia del padre, dejando de lado a quienes les niega el derecho a ser considerados jurídicamente como tales. La solución prevista a esta problemática por el Derecho, el instituto de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, en realidad no ha sido eficaz por el logro de este derecho reclamado ante el órgano jurisdiccional, por la exigencia de que el caso del reclamante debe estar encuadrado dentro de los supuestos exclusivos previstos en la normal, tales como escrito indubitado, estado de hijo, concubinato, violación o seducción o de probar el nexo biológico vía prueba de ADN (art. 402° C.C.). Pero, muchas veces no se cuenta con la prueba, ya que este sistema antepone la verdad formal a la verdad real, violando el principio de la verdad biológica y el derecho del hijo a ostentar la filiación que le corresponde, lo cual hace inviable la satisfacción del derecho a la paternidad por esta vía, tal como se viene demostrado con estudios de campo, donde se ha obtenido como resultado, que en el Perú el número de personas que han logrado su paternidad, a través de la prueba de ADN es poco significativo. Concluyéndose que el sistema jurídico que regula el instituto de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, resulta eficaz y obsoleto.

Ante la realidad sucedida, se ha venido con mayor detenimiento la regulación del instituto del reconocimiento filial contenida en el Código Civil peruano, dado que en innumerables casos el presunto padre, había declarado expresamente su paternidad en actuados judiciales con motivaciones diferentes (caso de alimentos) o en documentos privados (otorgamiento de permisos o autorizaciones, matrícula en el colegio, ect) no constituyendo estas manifestaciones, en el Perú, actos de reconocimiento de filiación extramatrimonial por carecer de la forma establecida en el artículo **390** del Código Civil, esto es, por no constar en el registro de nacimiento, en un testamento o en escritura pública, a lo más, podrían importar prueba para solicitar la declaración judicial de paternidad.

3.14.7 Regulación legal sobre Filiación

En el derecho familiar peruano se regula la relación paterno filial distinguiendo entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, esto no fue así desde un inicio durante la vigencia de la Constitución de 1933 el Código Civil de 1936 distinguía entre hijos legítimos, legitimados e ilegítimos, quienes tenían diferente tratamiento con detrimento para los hijos ilegítimos, los que incluso para efectos hereditarios recibirían en proporción a la mitad de lo que recibía un hijo legítimo.

El cambio en el tratamiento legal diferenciado de los hijos, se produce con la constitución política de 1979 que en su artículo sexto estableció la igualdad entre los hijos, precisando: “Todos los hijos tienen iguales derechos, está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad”, norma que subsiste en la Constitución vigente de 1993.

El código civil de 1984 en concordancia con la Constitución Política de 1979 y la Constitución de 1993, regula la relación paterno filial distinguiendo entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, teniendo la condición de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, teniendo la condición de hijos matrimoniales nacidos durante la vigencia del matrimonio de los padres o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución y extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera de una relación matrimonial, entendiéndose cuando los padres no están unidos por vínculo conyugal, es decir, por matrimonio civil.

Los hijos matrimoniales no requieren ningún tipo de reconocimiento ni declaración, resultando suficiente la partida de matrimonio de los padres celebrada con fecha anterior al nacimiento para establecer su condición de hijos matrimoniales.

Se entiende por hijos extramatrimoniales a los concebidos y nacidos fuera de una relación matrimonial; en éste caso para establecer la filiación

requieren el reconocimiento efectuado por el respectivo padre o madre o en su defecto una sentencia declaratoria, el reconocimiento es un acto personal que se puede realizar en el registro al momento de declararlo, también se puede efectuar por acta en la misma partida de nacimiento, y por medio de otros instrumentos como son la escritura pública y el testamento, el reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio no admite modalidad y es irrevocable, como lo preceptúa el artículo 395 CC.

Cuando el hijo no ha sido reconocido voluntariamente por su progenitor, este puede demandar la declaración judicial de paternidad o declaración judicial de filiación con la finalidad de que por sentencia se declare al demandado padre del actor y a su vez que éste es hijo del emplazado.

El sustento legal de esta acción se encuentra en el artículo **402** del C.C. que establece seis supuestos para la declaración judicial de filiación extramatrimonial, referidos a:

- a) Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
- b) Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
- c) Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
- d) En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.

- e) En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción siempre que la promesa conste de manera indubitable.
- f) Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

Lo dispuesto en el presente inciso, no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad. El Juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

4.-TRAMITE DEL PROCESO DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

Del proceso de conocimiento al nuevo proceso

Hay una gran diferencia abismal del proceso de conocimiento al nuevo proceso. Habiéndose dado un giro de 360 grados de lo que hace incomparable la gestión procesal anterior y con otra existente en razón a su singularidad. Se reducen etapas, actas plazos.

Su trámite consta de la siguiente forma:

4.1. De la demanda

El proceso será sintetizado en la presentación de la demanda ante el Juez de Paz letrado que ha pedido solicitara se expida la resolución Declarando la Paternidad Judicial. Es en este ámbito donde entra el tema de que, en vez de ser una demanda, sea una solicitud de paternidad, al carecer en los fundamentos de hecho, ya que éste va a ser sometido a la prueba técnica determinante.

4.2. De la defensa y la oposición

4.2.1. De la defensa.-

La única defensa que ejerce el emplazado frente a la demanda es la de oponerse al mandato de paternidad sometiéndose a la prueba de ADN, en el plazo de (10) días siguientes. Dentro del proceso no cabe ningún sustento que la oposición misma, salvo una excepción a detallar más adelante, en el contenido de este trabajo. Continuando al medio de defensa, son impertinentes las tachas, los fundamentos de hecho en su escrito de contestación o cualquier otro argumento tendiendo a desnaturalizar la efectividad del proceso.

4.2.2. Excepciones.-

Como lo he mencionado con anterioridad, no existe sustento contra la demanda que la oposición, pero existe una excepción a esto. El proceso no admite expresamente plantear las excepciones lo que no determina que éste esté prohibido, al contrario, eso significaría el poder legitimar un defecto de forma dentro del proceso como podría ser la incompetencia, incapacidad, pleito pendiente, cosa juzgada). Estas excepciones por así decirlos son considerablemente viables.

Según la opinión de **Hinostroza** en su libro “**Comentarios al Código procesal Civil**” en 2003, menciona que estas excepciones al no ser prohibidas por la ley son aplicables. La normatividad no contempla la posibilidad de plantear tales instrumentos, tampoco los prohíbe expresamente, siendo entonces admisibles, por el cuál comparto personalmente la opinión del autor en mención.

El criterio de la Corte Suprema acerca de la procedencia de las Excepciones:

La corte suprema asume un criterio distinto respecto de la admisibilidad de las excepciones en los procesos de ejecución de garantía en los cuales hace diferencias como en el proceso de ejecución de obligación de dar suma de dinero, el cual en su

articulado setecientos del CPC permite al ejecutado proponer excepciones o defensas previas.

4.2.3. Oposición.-

Es el ejercicio del legítimo derecho de la defensa ejercida por el demandado. Se va a realizar de forma expresa y la prueba genética es un requisito para su procedencia. No es válido la oposición con argumentos; en todo caso estos deben ser confrontados con la prueba. La calificación de la oposición depende del resultado de la BIOPRUEBA (ADN), declarándose fundada si el examen descarta la paternidad e infundada si produjera un resultado vinculante, convirtiéndose así el mandato en DECLARACION JUDICIAL DE PATERNIDAD. El ADN es el requisito básico de la oposición.

4.2.4. Costo de la Prueba.-

El costo de la prueba es asumido por la parte más débil. La norma indica de manera expresa que el costo de la prueba debe ser asumido por la parte demandante, que como sabemos, en la mayoría de los casos es la madre, ya que ésta trabaja, cria, educa, mantiene y no es justo cargarla con dicho gasto ya que el proceso judicial implica un costo y este se suma a la realización de la experticia. En esos casos especiales deberá pedir el auxilio judicial para la defensa de sus intereses. A esto, es posible que dentro de este proceso al ser especial, se solicite el **AUXILIO JUDICIAL** bajo el principio de trascendencia dado el carácter especial del proceso siendo el Estado quien deberá correr con los gastos de la realización de la prueba de ADN. **(Acuerdo por Unanimidad del Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, 21 de junio del 2005).**

El costo de la prueba debería ser asumido por quien se opone, pues es precisamente él quien está haciendo uso de su derecho de defensa a través de la oposición. En caso sea descartado el vínculo a través de la prueba de paternidad, se reembolsaría el costo de la prueba.

El Presidente de la Corte Superior de Apurímac, hace una referencia: “el magistrado puede disponer que el demandado abone dicho pago, siempre que la demandante por su condición de indigente intervenga en el proceso con auxilio judicial y no pueda abonarla, lo que va a constituir el fundamento suficiente para disponer que el demandado abone el costo de la prueba genética del ADN, de lo contrario se estaría poniendo en estado de indefensión a la demandante y como consecuencia en su peligro de subsistencia y la de quienes de ella dependan, es decir, afectando sus derechos constitucionales, por ellos el juez, aplicando el control difuso, prefería la norma constitucional ante que una norma legal según el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución Política, en el cual debemos interpretar los alcances del artículo 2° de la Ley 28457, para evitar la aplicación literal de que el costo de la prueba del ADN sea abonado de forma exclusiva por el demandante.

4.2.5. La no oposición.-

El demandado puede ejercer su derecho de no defensa, es decir, que no se opone, siendo así que resta solo esperar la notificación de sentencia que lo certificara como progenitor legal del hijo que en demanda se solicitó; es así que se le considera una oposición ficta. También la falta de oposición de la persona puede ser expresa, mediante recurso de aceptación de la paternidad, formulando su allanamiento o reconocimiento de la demanda.

4.2.6. La inversión de la carga de la prueba.-

El ADN y el interés del niño son sustento de la inversión de la carga de la prueba. La inversión de la carga de la prueba constituye una excepción al principio de quien alega debe probar, como lo contempla el artículo 196° del Código Procesal Civil “Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

Si bien, lo común es que la parte que alegue un hecho debería probarlo se ha visto también la posibilidad del traslado de la carga de la prueba al demandado por disposición ex lege, el cual menciona que a quien alegue un hecho debe demostrar la verdad o falsedad de este, sin tener la carga procesal de probarlo.

La carga de la prueba está compuesta por tres principios:

- Onus probandi incumbit actori: En el cual el demandante debe probar los hechos que fundan su pretensión
- Reus, in exipiendo fit actor: El demandado que excepciona simula ser actor debiendo probar los hechos de su defensa
- Acrore non probante, reus absolvitur: El demandado será absuelto si el demandante prueba los hechos fundamento de su pretensión.

Dentro de esto, el padre demandado es la persona que es llamada a probar si el hecho es falso o verdadero. Es por ello que en el nuevo proceso de filiación extramatrimonial tiene lugar la excepción al principio de “quien alega debe probar”, por ello es el padre (ya declarado por mandato de juez) el que deberá demostrar la no vinculación filial imputada por la demandante (la madre)

En principio, la carga de la prueba les corresponde a la madre y al hijo, pero por disposición de la Ley N° 28457 se invierte y es trasladada al padre.

Por lo anterior subrayado, la pregunta siempre es, ¿cuál es el fundamento por el que el legislador ha previsto la inversión de la carga de la prueba? La respuesta se basa en la contundencia de la prueba de ADN, ya que este resultado constituye la verdad biológica que escapa a las presunciones y las debilita. La persona que está en mejor posición para el ofrecimiento y actuación de la prueba de ADN es el padre.

La carga de la prueba es considerada como una regla de conducta para el juez como para la parte sobre la que pesa la carga. El proceso de filiación corresponde al demandado la incumbencia de probar su no paternidad. Y de ser el caso del demandado al mantener una inactividad probatoria, el mandato del juez se convertirá en declaración judicial de paternidad.

4.2.7. Diferencias entre la negativa y la oposición.-

Es importante saber diferenciar entre la actual oposición y la negativa a la bioprueba. Para Céspedes Susuki, tan solo la negativa al sometimiento de la prueba de ADN no probaría la paternidad, siendo necesarios otros medios probatorios que la acrediten. Por otra parte, la negativa sostiene que sería una prueba tasada, ya que no se admiten otros tipos de pruebas, lo que sería ilegal por atentar contra el principio de valoración conjunta de la prueba, e inconstitucional pues afectaría el derecho a la prueba como garantía del ejercicio efectivo de la función jurisdiccional.

4.2.8. La negativa como sucedáneo, es una presunción.-

A diferencia de lo que opina Céspedes Susuki, aquí la negativa es una presunción, no es una prueba ni mucho menos tasada. Refiriendo que la negativa a la prueba genética no constituye un medio probatorio. Antes de la modificación legal, la negativa era un indicio. Ahora en la actualidad la negativa, es considerada como una presunción, sustituyendo el valor de la prueba de ADN cuando no es practicada por decisión del requerido. No es una prueba, es sucedáneo

En el nuevo proceso de filiación, sólo es válida la oposición, no la negativa, ya que según la Ley N° 28457, ha buscado darle la negativa a la práctica del ADN un carácter tasado superior y excluyente, ya que lleva al juez a declarar de inmediato la paternidad sin considerar otras pruebas. El juez se abstrae de inexistencia absoluta de prueba y se centra en la negativa del demandado a someterse a la prueba pericial biológica de manera que solo la negativa, implica PATERNIDAD, lo cual esta atentado contra el principio de valoración conjunta de la prueba, mencionado en el artículo 197° del CPC. Por ello que la presunción de paternidad por la negativa en sí, no es una prueba, mucho menos tasada, sino que es consecuencia de la conducta del demandado de no hacer valer su derecho a la defensa.

En el nuevo proceso de filiación sólo es válida la oposición, no la negativa; por ello Céspedes Suzuki nos menciona que lo que la ley 28457 ha buscado fue darle la

negativa a la práctica de la prueba de ADN, ya que siendo éste positivo, lleva al Juez a declarar de inmediato la paternidad sin considerar alguna otra prueba. El Juez se centra en la negativa del demandado a someterse a la prueba pericial biológica de manera que la sola negativa implica la PATERNIDAD, el cual está atentando contra el principio de la valoración conjunta de la prueba recogido en el artículo 197° del Código Procesal civil que si fue recogido por la Ley N° 27048.

La presunción de paternidad por la negativa no es una prueba, mucho menos una tasada, sino que es consecuencia de la conducta del demandado de no hacer valer su derecho a la defensa, como hemos visto, sometándose a la prueba genética. La negativa constituye una presunción de tipo *iuris et de iure*, que sustituye el valor de la prueba de ADN por la no práctica de esta por el emplazado a efectos de desvirtuar la paternidad. Actualmente la negativa ya carece de sentido, ya que no cabe duda de hacer uso de ella por lo que no es necesario el apercibimiento.

El artículo 197° del CPC menciona, la valoración de la prueba, expresando que todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión. Según Cabanellas Guillermo, en el Diccionario del Derecho Usual de Buenos Aires de 1974, menciona que el apercibimiento es un requerimiento hecho por el juez para que uno ejecute lo que manda o tiene mandado, o para que proceda como debe, conminándosele con multa, pena o castigo si no lo hiciere. En tal sentido el apercibimiento dado por una autoridad con facultades para ello, tiene por finalidad exigir el cumplimiento de una conducta determinada y aplicar una pena en caso de desobediencia, según la Enciclopedia Jurídica Omeba.

4.3. Del mandado de paternidad.-

Es aquel el cual se sustenta en la efectividad del ADN, ya que éste es el más importante del proceso. Además de ser el primero que dicta el Juez sin la necesidad de escuchar al demandado, si bien el Juez resuelve oyendo a una sola de las partes, lo

hará no solo sobre la base fáctica, sino sobre las pruebas aportadas. Ahora si el emplazado no formula oposición, la COSA JUZGADA MATERIAL, no sólo es consecuencia de su conducta procesal, el silencio o falta de oposición, sino del relato de la parte demandante y los medios probatorios que aportó para su sustento.

- El mandado de paternidad debe contener
 - Un parte expositiva, considerativa y dispositiva
 - Intimación al sometimiento a la prueba genética.
 - Un plazo para su realización
 - Apercibimiento de declararse la paternidad.

4.3.1. Consecuencias del mandado de paternidad.-

Tiene una similitud inicial como un proceso ejecutivo, en éste caso el mandato de paternidad es una resolución final judicial compleja, ya que es un AUTO que al ser notificado inicialmente va a dar inicio al proceso. El mandado no es considerado un acto de ejecución forzada de la prueba de ADN, es todo lo contrario, es una forma de coerción, ya que el mandato va a llevar a exhortar al demandado a que se someta a realizarse la prueba biológica, ya que si no se realiza en el plazo indicado, se decretará la paternidad.

4.4. Declaración de paternidad (Sentencia).-

Estos tipos de sentencias de la Declaración de Paternidad, van a tener tipos de fallos.

Declara la paternidad cuando:

- El ADN CONFIRMA, ya que en mérito a los resultados positivos de la prueba genética. En esta SENTENCIA la verdad real coincide con la verdad formal. El ADN contribuye de modo eficaz dentro del establecimiento de la relación paterno filial.

- NO SE EJERCE EL DERECHO DE LA OPOSICION, ya que una vez que transcurre el plazo de la oposición y no habiéndose efectuado, el mandato se convierte en DECLARACION DE FILIACION. Sin certeza de paternidad, solamente por la no realización de la bioprueba se dicta Sentencia.

No se declara la paternidad cuando:

- El ADN lo descarta a través de la oposición del demandado.

4.5. Apelación.-

Respecto a la pluralidad de instancia, porque en este proceso de reconocimiento de filiación de paternidad extramatrimonial, se cumple con el principio de pluralidad de instancias con el pronunciamiento del Juez de Primera Instancia, respecto a la resolución pronunciada por el Juzgado de Paz Letrado. Acordado por unanimidad del Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua el 21 de junio del 2005.

Según el plazo de la Ley N° 28457, el plazo para apelar respecto a la declaración de paternidad, es de 3 días, teniendo el Juez de Familia diez (10) días para resolver.

La apelación puede ser sustentada en:

- ✓ Falta de requisitos formales
- ✓ Falta de requisitos de fondo
- ✓ Error en la realización y en la deducción de los resultados
- ✓ Falta o error en la notificación
- ✓ Margen de subjetividad en la apreciación científica
- ✓ Realización de prueba distinta al ADN de menor grado de efectividad
- ✓ Inexactitud de la filiación por prácticas de procreación asistida

La apelación es una facultad expresa reconocida al demandado a efectos de contradecir la sentencia que lo declara padre.

5. LEGISLACION NACIONAL.-

La normal basada y aplicada es la siguiente:

CONGRESO DE LA REPUBLICA

Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial

LEY N° 28457

EL PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL – LEY N° 28457

Artículo 1.- Demanda y Juez competente Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad pueden pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

Artículo 2.- Oposición La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN, dentro de los diez días siguientes. El costo de la prueba será abonado por el demandante en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar el auxilio judicial a que se refieren el artículo 179 y siguientes del Código Procesal Civil. El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo. Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

Artículo 3.- Oposición fundada Si la prueba produjera un resultado negativo, la oposición será declarada fundada y el demandante será condenado a las costas y costos del proceso. Artículo

4.- Oposición infundada Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el emplazado será condenado a las costas y costos del proceso.

Artículo 5.- Apelación La declaración judicial de filiación podrá ser apelada dentro del plazo de tres días. El Juez de Familia resolverá en un plazo no mayor de diez días.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

PRIMERA.- Modifica el artículo 402 inciso 6) del Código Civil

Modifícase el artículo 402 inciso 6) del Código Civil, en los términos siguientes: Artículo 402.- Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.".

SEGUNDA.- Modifica los artículos 53 y 57 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial Modifícanse los artículos 53 y 57 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los términos siguientes:

Artículo 53.- Competencia de los Juzgados de Familia Los Juzgados de Familia conocen:

En materia civil:

- a) Las pretensiones relativas a las disposiciones generales del Derecho de Familia y a la sociedad conyugal, contenidas en las Secciones Primera y Segunda del Libro 2 III del Código Civil y en el Capítulo X del Título I del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes
- b) Las pretensiones concernientes a la sociedad paterno-filial, con excepción de la adopción de niños adolescentes, contenidas en la Sección Tercera del Libro III del Código Civil, y en los Capítulos I, II, III, VIII y IX del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes y de la filiación extramatrimonial prevista en el artículo 402 inciso 6) del Código Civil. (...)
- c) Artículo 57.- Competencia de los Juzgados de Paz Letrados

Los Juzgados de Paz Letrados conocen:

En materia civil:

1. De las acciones derivadas de actos o contratos civiles o comerciales, inclusive las acciones interdictales, posesorias o de propiedad de bienes muebles o inmuebles, siempre que estén dentro de la cuantía señalada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
2. De las acciones de desahucio y de aviso de despedida conforme a la cuantía que establece el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
3. De los procedimientos de jurisdicción voluntaria que establezca la Ley, diligencias preparatorias y legalización de libros contables y otros;

4. De las acciones relativas al Derecho Alimentario, con la cuantía y los requisitos señalados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
5. De las tercerías excluyentes de propiedad, derivadas de los procesos de su conocimiento. Si en éstas no se dispone el levantamiento del embargo, el Juez de Paz Letrado remite lo actuado al Juez Especializado que corresponda, para la continuación del trámite. En los otros casos levanta el embargo, dando por terminada la tercería;
6. De los asuntos relativos a indemnizaciones derivadas de accidentes de tránsito, siempre que estén dentro de la cuantía que establece el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
7. De los procesos ejecutivos hasta la cuantía que señale el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
8. De las acciones de filiación extramatrimonial previstas en el artículo 402 inciso 6) del Código Civil;
9. De los demás que señala la ley."

TERCERA.- Disposición modificatoria y derogatoria Modifícase o derógase toda disposición que se oponga a lo dispuesto en la presente Ley.

CUARTA.- Procesos en trámite Los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la presente Ley.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los catorce días del mes de diciembre de dos mil cuatro. ÁNTERO FLORES-ARAOZ E. Presidente del Congreso de la República NATALE AMPRIMO PLÁ Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

No habiendo sido promulgada dentro del plazo constitucional por el señor Presidente de la República, en cumplimiento de los artículos 108 de la Constitución Política y 80 del Reglamento del Congreso, ordeno que se publique y cumpla. En Lima, a los siete días del mes de enero de dos mil cinco. **ÁNTERO FLORES-ARAOZ** E. Presidente del Congreso de la República **NATALE AMPRIMO PLÁ** Primer Vicepresidente del Congreso de la República

5.1. Modificatorias A La Ley N° 28457.-

Respecto al artículo 1 de la Ley N° 28457, dentro del contenido de la demanda y Juez competente, este artículo es modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29821, publicada el 28 diciembre 2011, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 1.- Demanda, acumulación de pretensiones y juez competente Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al juez de paz letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. En este mismo proceso podrá acumularse como pretensión accesorio, la fijación de una pensión alimentaria, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 85 del Código Procesal Civil. En este caso, el juez, además de expedir el mandato declaratorio de paternidad extramatrimonial, correrá traslado al emplazado de la pretensión de alimentos.

El emplazado tiene un plazo no mayor a diez días de haber sido notificado válidamente para oponerse y absolver el traslado de la pretensión de alimentos sujetándose a lo establecido en el artículo 565 del Código Procesal Civil. Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado

válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el juez dictará sentencia pronunciándose sobre la pretensión de alimentos.

Respecto a la oposición, éste es modificado por la Ley N° 29715, publicado el 22 junio 2011, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 2. Oposición La oposición suspende el mandato siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN dentro de los diez días siguientes, en caso contrario el juez debe rechazarla de plano. El costo de la prueba es abonado por la parte demandada en el momento de la toma de las muestras o puede solicitar el auxilio judicial a que se refiere el artículo 179 y siguientes del Código Procesal Civil. La prueba biológica del ADN es realizada con muestras del padre, la madre y el hijo. Si transcurridos diez días de vencido el plazo y el oponente no cumple con realizarse la prueba biológica del ADN, la oposición es declarada improcedente y el mandato se convierte en declaración judicial de paternidad. Por el solo mérito del resultado de la prueba biológica del ADN, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 4, el juez resuelve la causa.

Para efectos de la presente Ley, no resulta necesaria la realización de la audiencia especial de ratificación pericial, ni los actos procesales que establece el artículo 265 del Código Procesal Civil.

Y con atención a éste ley, ya que seis meses después aproximadamente, es modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29821, publicada el 28 de diciembre del 2011 cuyo texto es el siguiente:

Artículo 2.- Oposición La oposición suspende el mandato siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN. El costo de la prueba es abonado por la parte demandada en el momento de la toma de las muestras o puede solicitar el auxilio judicial a que se refiere el artículo 179 y siguientes del Código Procesal Civil. Formulada la oposición y absuelto el traslado de la pretensión de

alimentos, el juez fijará fecha para la audiencia única, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes.

En dicha audiencia se llevará a cabo la toma de muestras para la prueba biológica del ADN, la cual es realizada con muestras del padre, la madre y el hijo. Asimismo, se procederá conforme lo dispuesto en el artículo 555 (AUDIENCIA UNICA- PROCESO SUMARISIMO) y demás del Código Procesal Civil en lo que respecta a la pretensión de fijación de una pensión alimentaria. Por el solo mérito del resultado de la prueba biológica del ADN, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 4, el juez resuelve la causa. Para efectos de la presente Ley, no resulta necesaria la realización de la audiencia especial de ratificación pericial, ni los actos procesales que establece el artículo 265 del Código Procesal Civil.

Este mismo artículo 1 de la Ley N° 29821, modifica también lo siguiente, respecto a:

Artículo 4.- Oposición infundada Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, constituyendo el mandato expedido declaración judicial de paternidad. En la misma resolución, se dictará sentencia respecto a la pretensión de alimentos condenando al demandado al pago de costas y costos del proceso.

Artículo 5.- Apelación La declaración judicial de filiación podrá ser apelada dentro del plazo de tres días. El Juez de Familia resolverá en un plazo no mayor de diez días. (*) (*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29821, publicada el 28 diciembre 2011, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 6.- Apelación La declaración judicial de paternidad, la resolución que ampara la oposición y/o el fallo relativo a la prestación de alimentos podrán ser apelados dentro del plazo de tres días de notificado. Ingresada la causa al superior jerárquico, el juez señalará fecha para la vista de la causa dentro del plazo de diez días y se emitirá la sentencia en un plazo que no excederá de diez días.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS PRIMERA.- Modifica el artículo 402 inciso 6) del Código Civil

Modifícase el artículo 402 inciso 6) del Código Civil, en los términos siguientes:

Artículo 402.- Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

SEGUNDA.- Modifica los artículos 53 y 57 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial Modifícanse los artículos 53 y 57 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los términos siguientes:

Artículo 53.- Competencia de los Juzgados de Familia Los Juzgados de Familia conocen:

En materia civil:

a) Las pretensiones relativas a las disposiciones generales del Derecho de Familia y a la sociedad conyugal, contenidas en las Secciones Primera y Segunda del Libro III del Código Civil y en el Capítulo X del Título I del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes.

b) Las pretensiones concernientes a la sociedad paterno-filial, con excepción de la adopción de niños adolescentes, contenidas en la Sección Tercera del Libro III del Código Civil, y en los Capítulos I, II, III, VIII y IX del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes y de la filiación extramatrimonial prevista en el artículo 402 inciso 6) del Código Civil.

Artículo 57.- Competencia de los Juzgados de Paz Letrados Los Juzgados de Paz Letrados conocen:

En materia civil:

1. De las acciones derivadas de actos o contratos civiles o comerciales, inclusive las acciones interdictales, posesorias o de propiedad de bienes muebles o inmuebles, siempre que estén dentro de la cuantía señalada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;

2. De las acciones de desahucio y de aviso de despedida conforme a la cuantía que establece el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;

3. De los procedimientos de jurisdicción voluntaria que establezca la Ley, diligencias preparatorias y legalización de libros contables y otros;

4. De las acciones relativas al Derecho Alimentario, con la cuantía y los requisitos señalados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;

5. De las tercerías excluyentes de propiedad, derivadas de los procesos de su conocimiento. Si en éstas no se dispone el levantamiento del embargo, el Juez de Paz Letrado remite lo actuado al Juez Especializado que corresponda, para la continuación del trámite. En los otros casos levanta el embargo, dando por terminada la tercería;

6. De los asuntos relativos a indemnizaciones derivadas de accidentes de tránsito, siempre que estén dentro de la cuantía que establece el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;

7. De los procesos ejecutivos hasta la cuantía que señale el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;

8. De las acciones de filiación extramatrimonial previstas en el artículo 402 inciso 6) del Código Civil;

9. De los demás que señala la ley."

TERCERA.- Disposición modificatoria y derogatoria Modifícase o derógase toda disposición que se oponga a lo dispuesto en la presente Ley.

CUARTA.- Procesos en trámite Los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la presente Ley. Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación. En Lima, a los catorce días del mes de diciembre de dos mil cuatro.

ÁNTERO FLORES-ARAOZ E. Presidente del Congreso de la República
NATALE AMPRIMO PLÁ Primer Vicepresidente del Congreso de la República

**AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA POR
TANTO:**

No habiendo sido promulgada dentro del plazo constitucional por el señor Presidente de la República, en cumplimiento de los artículos 108 de la Constitución Política y 80 del Reglamento del Congreso, ordeno que se publique y cumpla. En Lima, a los siete días del mes de enero de dos mil cinco. ÁNTERO FLORES-ARAOZ E. Presidente del Congreso de la República NATALE AMPRIMO PLÁ Primer Vicepresidente del Congreso de la República ey que modifica los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 de la Ley N° 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.

6. DERECHO COMPARADO.-

Dentro de este marco existe una fuerte y marcada tendencia con el fin de simplificar los trámites en la indagación de la paternidad. Ya que se toman de referencia algunos sistemas legales, los cuales basan la paternidad en presunciones, se merita la importancia del nexo filial aligerando y tecnificando su investigación.

6.1. Argentina.-

La investigación de ex officio, el cual por Ley N° 8560, de fecha 29 de diciembre de 1992, se regula la investigación de oficio de la paternidad de los hijos extramatrimoniales, estableciendo que todo registro de nacimiento debe indicar el nombre del padre a fin de permitir la indagación de este. Según la Doctrina brasileña existen tres tipos de reconocimiento: El voluntario, el administrativo y el judicial.

Según el reconocimiento administrativo, lo menciona en un análisis especial de este modo:

O reconhecimento administrativo ocorre nos casos em que o pai se recusa ao reconhecimento voluntário. Efetua-se por declaração da mãe ao oficial do registro civil, no ato de registro do filho, apontando o nome e a qualificação do genitor. O oficial encaminhará a certidão integral do registro e os dados qualificadores do suposto pai ao juiz. O juiz ouvirá a mãe e notificará o varão, independentemente de seu estado civil, para manifestar-se. Caso o suposto pai compareça e confirme expressamente a paternidade, será lavrado o termo de reconhecimento e remetida a certidão ao oficial do registro, para a devida averbação.

Ya que esta ley tiene como objetivo facilitar el reconocimiento de los hijos, imponiendo en su oportunidad la responsabilidad a los padres biológicos.

Dentro del trámite de esta ley, en los casos de nacimiento con maternidad, se remitirá al juez los datos del supuesto padre para que se inicie la investigación.

La intervención de la madre y notificación al supuesto padre, luego respecto a la intimidad con cautela de los intereses personales con la reserva del proceso, así como el fomento de la conciliación para el reconocimiento de la paternidad y abreviación del proceso. A su vez si el supuesto padre no contesta en 30 días, el juez requerirá al fiscal para que inicie la investigación del nexo filial.

Esta ley ha permitido que en Brasil se tienda a una reducción de los hijos sin padre, carentes de reconocimientos, que en cifras es desbordante como lo recuerda Aspectos centrales de la ley brasilera la profesora Ana Liési Thurler al indicarnos los cerca de 800 mil niños nacidos anualmente en Brasil quedan sin reconocimiento.

6.2. Costa Rica.-

El derecho comparado refiere a este como una de las primeras normas en pro de la investigación filial. La Ley N° 8101 de Costa Rica, Ley de paternidad responsable, del 27 de abril del 2001 tiene un fondo y matiz similar a nuestra Ley N° 28457, pues en esta se pretende brindarle a las madres un proceso mucho más rápido, menos costoso y con ello descongestionar el sistema judicial que se encuentra colapsado.

La ley de Costa Rica tiene como precedente el Proyecto de Ley N° 14064, denominado proyecto de ley de paternidad responsable, dentro del cual encontramos los siguientes considerandos

De los 78.526 nacimientos reportados en 1999, un 51.5 por ciento son extramatrimoniales. De estos, 23.845 nacimientos son de padre no declarado, colocándose solo los apellidos de la madre.

Son derechos humanos: el derecho de todo niño de conocer a su padre y madre, a saber quiénes son, a mantener contacto, a ser cuidados y alimentados.

A su vez, son derechos que desarrollan otros derechos como el derecho a la identidad personal, a la vida familiar y el desarrollo personal.

Sobre la situación de abandono de las responsabilidades paternas, ya que por ello algunas mujeres optan por el proceso de reconocimiento de paternidad, así sea engorroso y complicado, conllevando a que la mayoría de los procesos sean abandonados antes de ser concluido,

Los siguientes obstáculos en los procesos son:

La negativa de los padres en el reconocimiento

El proceso largo no da la posibilidad de cautela alguna de los derechos mientras este en trámite.

El costo de las pruebas de marcadores genéticos es demasiado alto.

En este sistema la filiación se realiza a través de un proceso administrativo, en el cual se busca dar solución a un problema tan real y humano como el tema de la filial. Es por ello que el estado mediante ley autoriza al Poder Ejecutivo para que gire anualmente mil millones de colones a fin de que se equipen los laboratorios para atender la demanda de las pruebas para la filiación.

Ya que si no hay dinero, las pruebas se retrasaran durante meses, volviendo las investigaciones más lentas. Pero con esta ley los padres irresponsables triunfaron, ya que ellos siempre huyen de sus deberes y con esto logran que sean otros los que paguen por ellos mismos.

6.3. Ecuador.-

Según esta legislación, la filiación se realiza a través de los alimentos. El código de la niñez y adolescencia de Ecuador, según la Codificación N° 2002-100,

R.O. 737, del 3 de enero del 2003, trata en el Título V sobre el “Derecho de alimentos” y regula de forma especial una forma de declaración de paternidad. El cual dice:

Artículo 131.- Situación de los presuntos progenitores.- El juez podrá obligar al pago de prestación de alimentos en favor de un niño, niña o adolescente, a una persona cuya paternidad o maternidad no han sido legalmente establecidas, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. La prestación provisional de alimentos, podrá ordenarse desde que en el proceso obren indicios suficientes, precisos y concordantes que permitan al juez fundamentar una convicción sobre la paternidad o maternidad del demandado o demandada;

2. Sin perjuicio de la utilización de otros medios de prueba que científicamente sean idóneos para demostrar la paternidad y en tanto ellos no sean utilizados, para la fijación de la prestación definitiva, el juez dispondrá, a petición de parte, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) del derechohabiente y del o la demandada. Si el resultado es positivo, en la misma resolución que fije la prestación de alimentos definitiva, el juez declarará la paternidad o maternidad del o la demandada y dispondrá la correspondiente inscripción en el Registro Civil.

3. Cuando el demandado se niega injustificadamente a someterse al examen señalado en este artículo, el juez le hará un requerimiento para que lo practique en el plazo máximo de diez días, vencido el cual, si persiste la negativa, se presumirá la paternidad o maternidad y el juez procederá como en el caso de resultado positivo del examen.

4. Si el demandado, antes del requerimiento indicado en la regla anterior, funda su negativa para la práctica del examen en la circunstancia de carecer de recursos para sufragarlos, el juez ordenará que la Oficina Técnica practique un estudio social y emita el informe correspondiente en el plazo máximo de quince días. En el caso de que el

informe confirme la alegación del demandado, el juez dispondrá que la Junta Cantonal de Protección de su jurisdicción lo incluya de inmediato en un programa del sistema que cubra el costo del examen. Si el informe social es negativo para la pretensión del demandado, se procederá en la forma dispuesta en la regla anterior.

5. Salvo el caso de carencia de recursos previsto en la regla anterior, los gastos que demanden las pruebas biológicas y las costas procesales, incluidos los gastos del estudio social, cuando lo hubiere, serán sufragados por el presunto padre o madre, quienes tendrán derecho a que se les reembolsen por quien ha reclamado la prestación, si el resultado de las pruebas descarta su paternidad o maternidad; y

6. Se prohíbe practicar el examen señalado en la regla segunda de este artículo en la criatura que está por nacer; pero puede hacérselo en personas fallecidas, cuando ello sea necesario para establecer la relación de parentesco.

6.4 Estados Unidos de Norteamérica.-

En esta legislación, la filiación tiene las características de que en el caso los progenitores no sean casados, se necesita que ambos firmen un reconocimiento o declaración de paternidad. En muchos casos estos lo va a afirmar el hospital el día del nacimiento o alguna oficina de ayuda al niño o de bienestar público, para formalizar la declaración, pagar una cuota para agregar el nombre del padre a la partida de nacimiento y enviarla al departamento de servicios sociales.

Si el padre supuesto no quiere reconocer voluntariamente la paternidad, la madre puede solicitar a la corte que la ayude a esclarecer la filiación, siendo como responsable la Oficina del Procurador, velar porque cada niño del estado tenga un padre.

Todos los Estados norteamericanos reconocen aparte de los célebres bood test, la prueba de ADN como evidencia de paternidad. Si una de las partes disputa el

resultado de las pruebas de ADN, ésta tiene el derecho a requerir, bajo corto personal, un segundo análisis de ADN.

6.5. Chile.-

Aquí se instauró el nuevo estatuto filial; el cinco de junio de 2005, se publicó en Chile la Ley N° 20030 que modifica el Código Civil, en lo relativo a a exigencia de prestación de antecedentes para dar curso a la demanda de reclamación de maternidad o paternidad y a la valoración de los medios de prueba.

Establece un proceso único de paternidad y maternidad, eliminando el reconocimiento mediante la confesión de paternidad o maternidad prestada bajo juramento la que tenía un trámite de aplicación excepcional.

El artículo 199 del Código Civil Chileno en su inciso 1, el cual refiere que las biopruebas serán practicadas por el servicio médico legal o por laboratorios idóneos designados por el Juez. El costo será asumido por el Estado si son ordenadas judicialmente. Las partes tendrán derecho por una sola vez a solicitar un informe pericial biológico.

Lo novedoso de esta Ley es que se le otorga el valor correspondiente a las biopruebas para establecer la filiación extramatrimonial o caso contrario excluirla.

Dentro del proceso, en el caso que exista la negativa injustificada a la prueba del ADN se dispone la presunción, o sea, citada dos veces bajo apercibimiento de aplicarse la presunción de filiación si no concurre la parte a la realización de la toma de muestras. Si en caso el demandado reconoce su paternidad, el procedimiento termina. Con ello se logra el objetivo de contar con un procedimiento único de reconocimiento de la paternidad o maternidad que unifique la vía voluntaria y contenciosa.

7. JURISPRUDENCIAS.-

1. EXPEDIENTE N° 3114-96

SALA N° 06

Siendo un cálculo de probabilidad el acontecimiento de la paternidad extramatrimonial, es de resaltar la prueba del ADN, la misma que viene a dar plena certeza respecto del padre biológico, con un nivel de aproximación científica del 99.86%. El carácter científico de la prueba genética del ADN da valores absolutos que encuadran perfectamente en la ratio legis del Código Civil y debe ser admitida por el Juzgador sin reserva ni limitaciones.

Según lo opinado por la Señora Fiscal Superior de familia, respecto a que la demanda bajo denominación incorrecta de impugnación de paternidad, petición de que en la partida de nacimiento del menor se excluya al demandante como padre extramatrimonial. Que, como ya queda anotado, la pretensión denominada en esta causa de “impugnación de paternidad” es impropia, y por ende improcedente por dicha causa, por cuanto tal instituto sólo está reservado para el padre matrimonial que desea impugnar la paternidad que la ley y el instituto del matrimonio le imponen bajo la presunción Pater Ist, o en el supuesto de la filiación extramatrimonial dentro de los límites del artículo 399° del Código Civil, lo que no es aplicable al caso del demandante por cuanto no ha contraído nupcias con la demandada ni se ha procedido a reconocer al menor en cuestión y, precisamente por ello es que, solicita la exclusión de su nombre y referencia como padre extramatrimonial por cuanto no está casado y alega que no le corresponde la paternidad que dicha copia certificada de la partida de nacimiento del menor en cuestión le señala, conforme lo estatuido en el artículo 400° del Código Civil, que se refiere al acto del reconocimiento del hijo extramatrimonial, lo que no ha acontecido en el presente caso, pues el demandante no ha reconocido dicha paternidad en ninguna de las modalidades que el artículo 390° del texto legal ya citado El dicho padre fue reconocido en audiencia en un nivel de aproximación del

99.86%, casi una certeza absoluta. Ya que la genética del ADN, de valores casi absolutos debe ser admitida por el juzgador, sin reserva ni limitaciones, tanto más si se ha llevado a cabo en conjunto por laboratorios genéticos del Perú con asistencia extranjera y bajo el refrendado del Instituto de Medicina Legal; CONFIRMARON la sentencia apelada de fojas seiscientos cincuenta y cinco a fojas seiscientos cincuenta y nueve, su fecha veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y seis, que declara fundada la de reconvención de fojas ochenta y dos y siguientes, infundadas las impugnaciones y tachas de fojas ciento veinticinco, ciento cuarenta y seis y doscientos dos; en consecuencia el demandante Willy Roy Chávez Lescano, es padre biológico extramatrimonial del menor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

2. PRUEBA DE ADN: CARÁCTER CONCLUYENTE EN LOS PROCESOS DE PATERNIDAD

EXPEDIENTE N° 316-88-LIMA

DICTAMEN N° 473-88

Fluye de la demanda de fs. 2, que la actora solicita se declare que el demandado es el padre de su menor hijo Gabriel Humberto Chacón Vela, nacido el 07 de junio de 1983, en la ciudad de Pisco, como fruto de las relaciones sexuales sostenidas con el emplazado. Refiere que lo conoció en la ciudad de Puno en junio de 1980, cuando cursaba el 5to. año de secundaria, y el demandado era oficial del Ejército, en el Grado de Capitán; que en marzo de 1981 empezaron sus relaciones amorosas, y en junio del mismo año, bajo promesa de matrimonio, sus relaciones sexuales, las que continuaron en diversas fechas y ciudades hasta los días 18 ó 19 de setiembre de 1982; que cuando le comunicó su estado de embarazo, el demandado se alejó un poco de ella, pretextando cosas sin importancia, pero cuando dio a luz, la ayudó para atender los gastos relacionados con el embarazo. Apoya la demanda, en lo dispuesto por los arts. 348°, 366 inc. 1 y 3, 378° y 382° del C.C.(1).

Corrido traslado de la demanda, es absuelto el trámite en forma negativa, en los términos que aparece del recurso de fs.13, sosteniendo el demandado, que le fue presentada la accionante, en la ciudad de Puno por las inmediaciones de la Plaza de Armas, no volviendo a tener más conocimiento de ella, hasta la interposición de esta demanda. Hace presente que durante su estadía en la ciudad de Puno, residía en la Guarnición de la Villa Militar, en compañía de su esposa y menores hijos.

Al dictar sentencia, se declara infundada la tacha tramitada en el cuaderno. Interpuesto recurso de apelación, por sentencia de vista de fs. 156, revocaron la apelada, en la parte que declara infundada la demanda, la que declararon fundada, motivando el recurso de nulidad, interpuesto por el demandado.

Al contestar la demanda, el emplazado manifiesta que sólo ha visto a la demandada una sola vez, y esto es, cuando se conocieron en las inmediaciones de la Plaza de Armas de Puno. La confesión de la demandada de fs. 67, y más concretamente, la forma en que se encuentran redactadas la séptima y octava repregunta, demuestran lo contrario, revelando que entre las partes hubo más que una simple amistad y no otra cosa puede revelarse, cuando se le pregunta a la actora, por la fecha en que se produjo su último ciclo menstrual.

Esto, aunado al mérito de las cartas remitidas por el emplazado, y que obran en fotocopia de fs. 24 a fs. 39 y originales de fs. 71 a fs. 94, coincidentes muchas de ellas con la época de la concepción del menor para quien se plantea la acción, demuestra que ha existido entre los litigantes un verdadero estado de concubinato, y si bien dicho extremo no ha sido contemplado en la demanda, resulta aquí de aplicación, lo dispuesto en el Art. VII del Tít. Prel. del C.C., por lo que resulta amparable la acción invocada, tanto más que deduciéndose de la confesión de la demandante, que el emplazado ha puesto en tela de juicio su honorabilidad de aquella (ver 5ta. repregunta), no aportado prueba que acredite tal hecho. Los incidentes se encuentran resueltos con arreglo a ley. Conceptúa este Ministerio Público que NO HAY NULIDAD en la

recurrida. Lima, 01 de junio de 1988. CÉSAR ELEJALDE ESTENSSORO, Fiscal Supremo en lo Civil.

Lima, 24 de enero de 1990. VISTOS; con el acompañado; con lo expuesto por el señor Fiscal; por los fundamentos de la sentencia de primera instancia; y CONSIDERANDO: Que las pruebas actuadas en autos son insuficientes para corroborar los fundamentos expuestos en la demanda; declararon HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas ciento cincuenta y seis, su fecha veintisiete de octubre de mil novecientos ochenta y siete, en la parte recurrida, que revocando la apelada de fojas ciento veintiséis, fechada el once de octubre de mil novecientos ochenta y cinco, declara fundada la demanda; con lo demás que contiene; reformando la de vista, confirmaron la de Primera Instancia que declara INFUNDADA dicha demanda; sin costas; en los seguidos por don Eleodoro Vela Gárate con Hans Chacón Cavero, sobre declaración judicial de paternidad; y los devolvieron.

3. FILIACION EXTRAMATRIMONIAL: INAPLICACION DE LA LEY N° 28457

EXP. 512-05-PUENTE PIEDRA – RES. N° 05 -20/06/16

El a quo al momento de calificar la demanda, ha declarado inaplicable la Ley número veintiocho mil cuatrocientos cincuenta y siete, supuestamente porque vulnera los derechos de la libertad y el derecho al debido proceso, aun cuando dicha resolución no resuelve en forma definitiva el fondo de la controversia, con lo que se viene privando del derecho a la tutela judicial efectiva de la accionante, el cual igualmente es un derecho constitucional, previsto en el inciso tercero del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, en mérito al cual no se puede limitar el acceso a la justicia, más aún si su procedencia o su desestimación debe ser efectuado al momento de resolverse la oposición, conforme lo establece la misma Ley N° 28457 en su artículo

2. En este proceso, viene en consulta la resolución uno el cual resuelve declarar inaplicable el presente proceso. En este proceso seguido por Francisca Burja Salinas Cuenca con Jaime Richard Esquen Sanjinez, sobre filiación de paternidad, en el cual menciona que si bien es cierto que el Artículo cincuenta y uno de la Constitución Política del Estado dispone que tiene prevalencia frente a una norma legal de inferior jerarquía, el cual es concordante con el Artículo Ciento treinta y ocho de la misma Carta Magna, cuando indica que si hay incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces deben preferir la primera; pero también es cierto que dicha disposición constitucional se encuentra desarrollada por el Artículo catorce de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la misma que dispone que el control difuso de la constitucionalidad de las leyes debe ser ejercitada al momento de fallar sobre el fondo de la cuestión de su competencia. Se advierte a su vez que al momento de calificar la demanda, se ha declarado inaplicable la Ley número veintiocho mil cuatrocientos cincuenta y siete, aun cuando dicha resolución no resuelve el fondo de la controversia, con lo que se priva el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de la accionante. La sala ante esto resuelve **DESAPROBAR** la Resolución Elevada En Consulta, Resolución Uno de fecha siete de Noviembre del año Dos Mil Cinco, de fojas diecinueve a veintitrés de autos, la misma que declara Inaplicable al caso materia de autos la ley número veintiocho mil cuatrocientos cincuenta y siete y se dispone elevar a este despacho en consulta; en consecuencia se dispone la nulidad de dicha resolución y que el Juez renueve el acto procesal afectado, emitiendo la resolución que corresponda conforme a la ley

8. ANALISIS DEL PROBLEMA

El problema en cuestión no es el de la demora de un juzgado a reclamar o pedir al juez que declare la paternidad de un menor, sino que al basarnos y hablar de derecho, hablamos también de la igualdad de derecho para las partes, y no solo eso, sino que una de estas partes el menor involucrado, siendo este el hijo al cual el legislador debe mediante la prueba científica de ADN determinar quien es el padre biológico de este, y si no es mediante este medio, optara por hacer la declaración judicial de paternidad, determinando de este modo la identidad del menor en cuestionamiento.

Pero como he referido, no se trata del tiempo, no se trata del modo, sino que debemos hacer exclusivamente un cambio en la propia ley 28457, en la cual refiere que si la madre interpone la demanda de filiación extramatrimonial, la carga de la prueba le corresponderá al padre, por ello se dio la inversión de la carga de la prueba ya que el legislador aduce que la persona que se encuentra en mayor posición para el ofrecimiento y actuación de la prueba de ADN es el padre. Siendo así que en este caso si el padre a quien se le adjudica como supuesto padre no se opone o no se somete a la prueba de ADN, es declarado judicialmente padre del menor, pero como lo hemos venido refiriendo, que sucedería si este supuesto padre no tiene el dinero suficiente para absolver un traslado en el plazo de 10 días y someterse a una prueba de ADN ya que nadie más podrá cargar con el pago de esa prueba científica, ¿se le deberá declarar padre de un menor que quizá no sea suyo?; cuantos casos pueden haber sucedido en que los demandados son declarados biológicamente padres de un menor que en la realidad no son suyos. Es por ello que ante la protección de la identidad del menor y salvaguardar su propio bienestar, el estado debería formular un plan inmediato para poner a la orden las pruebas gratuitas de ADN, no en favor del demandado, sino en favor del menor quien busca su reconocimiento a través de este proceso judicial.

El Perú debería optar por una legislación similar a la de Costa Rica, en el sentido de que ésta autorizo al Poder Ejecutivo a que gire anualmente mil millones de colones a fin de que se equipen los laboratorios para atender la demanda de las pruebas para la filiación, o como en el caso de Ecuador que en el caso de que el demandado carezca de

recursos para someterse a la prueba de ADN, el juez ordenará a la Oficina Técnica a que practique un estudio social y emita el informe correspondiente en el plazo máximo de quince días, siendo el caso, el juez dispondrá a la Junta Cantonal de Protección de su jurisdicción lo incluya en un programa del sistema que cubra el costo del examen.

De ese modo estaríamos siendo totalmente justos para la búsqueda de la identidad del menor quien tiene todo el derecho de saber quién es su padre y cuál es el apellido que le corresponde.

9. CONCLUSIONES

Llego a las siguientes conclusiones:

- Que conforme evoluciona la sociedad, también evoluciona la tecnología dentro de ello, por eso es que para este proceso especial, regulado por la Ley N° 28457 y sus modificatorias, el punto principal para este proceso es la prueba de ADN, la cual conlleva a acreditar la paternidad solicitada por la parte demandante dentro del proceso.
- La búsqueda de la identidad de un menor para salvaguardar sus propios derechos, no debe estar sobre el valor económico de una prueba de ADN, ya que el estado debería considerar la protección y el derecho constitucional siendo este garantista para el análisis gratuito de esta prueba científica referida.
- El proceso de filiación extramatrimonial es un pan de cada día con más crecientes dentro de ella, pero el Estado siempre debe salvaguardar la integridad del menor y más aún, su IDENTIDAD.
- El proceso de filiación extramatrimonial es un proceso rápido al tener una aplicación especial dentro de ello, por el cual los legisladores se preocupan a diario para mejorar el funcionamiento de éste dentro del marco de la normatividad.
- Si nuestro sistema no se preocupa en la identidad del menor, seguiremos teniendo más hijos sin padre, y más procesos inconclusos, o peor aún, hijos con padres que quizá no sean los suyos, sino asignados por no haber absuelto una demanda en el plazo conferido por falta de recursos económicos.

10. RECOMENDACIONES

- Al ser un proceso de rápida aplicación con inicio en los Juzgados de Paz Letrado , siendo a su vez elevadas en apelación al Juzgado de Familia, debería existir un criterio uniforme respecto a la indefensión del demandado, basándome en el AUXILIO JUDICIAL, que se da para la parte accionante, para que los gastos del proceso no la dejen en estado de necesidad o indefensión, pero quien cuestiona la indefensión que pueda tener el demandado cuando es emplazado y no puede formular una oposición respecto al factor económico del costo de la prueba de ADN.
- Como recomendación, debería meritarse la aceptación del auxilio judicial para una parte demandada en el proceso de filiación extramatrimonial, ya que el tema económico puede darse a entender que al no formular oposición éste se convierte en declaración judicial de paternidad, pero, quien nos asegura que este sea el padre. Solo basta la presunción de su falta de oposición, o deberíamos cuestionar también por qué no se opuso a éste, pudiendo ser considerado la falta de recurso económico para someterse a la prueba, cosa que debe ser tomada a criterio del Juzgador y ver los medios y opciones necesarias para llevar a cabo un debido proceso y el derecho a la defensa.

11. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Bustamante Alarcon, Reynaldo. El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo. Lima Editores 2001.

Código Civil- Jurista y editores- Interpretación Sistemática hermenéutica.

Decreto Legislativo N° 28457.

Hernandez, Noemi y Morales, Chiquique - Tesis – Las consecuencias jurídicas y genéricas derivadas del establecimiento de la declaratoria judicial de paternidad.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/59cd978046e7ab5eb6d4f7c468ec4e86/Tema+III.-+Filiaci%C3%B3n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=59cd978046e7ab5eb6d4f7c468ec4e86>

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bf17a700426bd5148b268f9914d3c118/Resolucion_6895-2014-HUAURA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bf17a700426bd5148b268f9914d3c118

<http://legis.pe/casacion-6895-2014-huaura-hijo-extramatrimonial-derechos-sucesorios-abuelo/>

Ledesma Narváes, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo I.
Gaceta Jurídica 1998

Priori Posada, Giovanni y Bustamente Alarcon, Reynaldo. Apuntes de –derecho
Procesal. Ara Editores Lima. 1997.

Varsi Rodpiglosi, Enrique – 2006 Proceso de filiación extramatrimonial.

Vidal Ramirez, Fernando, Estudio Preliminar- Jurisprudencia Vinculante. Código
Civil y Procesal Civil – Tomo II- Sentencias en casación.

Villegas Rios, Ceballos- Los derechos fundamentales procesales y el proceso especial
de filiación extramatrimonial en los juzgados de Paz de Huancayo en el 2006.

Zavaleta Velarde, Braulio. - Libro de Integración Derecho Civil y Procesal Civil.

12. ANEXO 01 - PROYECTO DE SENTENCIA

SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACION 6895-2014-HUAURA

Lima, siete de julio del dos mil quince

VISTA: Llevada en audiencia pública a cargo de los señores jueces supremos: Tello Gilardi-Prsidenta, Vinatea Medina, Morales Parraguez, Rodrigo Chavez y Rueda Fernandez, luego de producida la votación con arreglo a Ley, se emite la siguiente sentencia:

Recurso de casación presentado contra la sentencia de vista la cual confirmo la sentencia apelada que declaró improcedente la demanda.

I. Antecedentes:

Primero: A partir de los análisis de autos, se advierte que el proceso ha sido iniciado con motivo de la demanda de petición de herencia interpuesta por el señor Luis Alberto Rivera Quispe , por la cual pretende que el órgano jurisdiccional lo declare heredero de quien vida fuera Eusebia Quispe Viviano y en consecuencia reconozca su derecho a concurrir con los demás herederos de esta última ahora emplazado sobre las acciones y derechos correspondientes al predio rústico denominado Parcela N° 43 del Fundo Pasamayo, identificado con Unidad Catastral N° 10279, e inscrito en la partida registral N° 20003486 del registro de la propiedad de inmueble de Huaral, a razón de un veinticinco por ciento (25%) de las acciones y derechos del bien; ordenando la inscripción respectiva en el registro de sucesiones intestadas y el registro de la propiedad inmueble de Huaral.

Segundo: La demanda fue declarada improcedente por la Sala Civil de la Corte Superior de justicia de Huaura, por sentencia de vista objeto de impugnación (confirmando la sentencia de primera instancia dictada por el Juez Mixto de Chancay), al considerar que el actor no ha probado en este proceso ser hijo de quien fuera Eusebia Quispe Viviano, puesto que el acto de reconocimiento contenido en la partida de nacimiento que acompañada a su demanda no ha sido realizado por la propia causante, sino por una tercera persona, y además tampoco ha presentado para suplir dicha deficiencia, una resolución judicial que declare la existencia de filiación con aquella y aun cuando la persona que realiza el acto de reconocimiento en dicha partida pudiera ser un pariente que se encuentra legitimado para realizar tal declaración, ello solo es posible en ausencia o impedimento de los padres, lo cual no ha sido acreditado en los autos.

La prueba de filiación extramatrimonial

Tercero: Teniendo en cuenta que en el presente caso, la calidad de heredero de la señora Eusebia Quispe Viviano es invocada por el actor alegando ser hijo extramatrimonial de la misma, este Colegiado considera oportuno referirse al modo en que nuestro legislador ha normado la prueba de este tipo de filiación.

Cuarto: En relación a este asunto, se recuerda que dentro de nuestro sistema normativo, la filiación extramatrimonial únicamente puede ser probada de dos modos; por acto de reconocimiento voluntario o por sentencia judicial que así lo declare. De acuerdo con lo previsto por el artículo 818° del Código Civil actual vigente al momento en que se produjo la sucesión.

Todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres. Esta disposición comprende a los hijos matrimoniales, a los extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto a la herencia del padre o de la madre y parientes de éstos y a los hijos adoptivos.

A partir del texto de esta disposición, puede desprenderse que, para los casos como el presente en los que el actor alega la condición de hijo extramatrimonial como sustento para exigir derechos de carácter sucesorio, el acogimiento de estos derechos se encontrara condicionado a que tal condición haya sido objeto de reconocimiento voluntario, de acuerdo a ley, o haya sido declarada por sentencia judicial. Y en ese mismo sentido el primer párrafo del artículo 387° del Código Civil establece que el reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial.

En esta ocasión el señor Luis Alberto Rivera Quispe, afirma ser hijo extramatrimonial de la causante Eusebia Quispe Viviano y presenta para acreditar su condición, la partida de nacimiento que contiene el acto de reconocimiento respectivo (siendo voluntario). No obstante, las instancias de mérito, han desestimado la idoneidad de esta partida para acreditar el entroncamiento, debido a que el acto de reconocimiento contenido en este documento no fue realizado por la propia causante, sino por un familiar de la misma, sin que se haya acreditado la presencia de una condición excepcional que justificara que este realizara el acto.

El reconocimiento voluntario y la legitimación excepcional para efectuarla

Sexto: El acto de reconocimiento voluntario de un hijo extramatrimonial ha sido conceptualizado en nuestra doctrina como el acto jurídico unilateral, formal, facultativo, personal, individual, puro e irrevocable a través de cual una persona manifiesta su paternidad o maternidad extramatrimonial respecto a otra.

Séptimo: No obstante, aun cuando por regla general se ha reconocido que el acto de reconocimiento de hijo extramatrimonial debe ser llevado a cabo por el propio padre o la propia madre del menor y solo por ellos, como sujetos activos naturales de tal acto y por causa, el artículo 388° del Código Civil actual ha establecido textualmente que “el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos. Se ha admitido también que, en circunstancias excepcionales, este acto puede ser efectuado por una persona que, a pesar de no tener tal condición,

se encuentra legitimado por la ley para tal fin. Y, en tal contexto, existen diversos sistemas jurídicos en los que se ha permitido que el **reconocimiento pueda ser practicado por los abuelos**, cuando aquellos carezcan de capacidad legal para hacerlo o hayan fallecido.

Octavo: Esta misma regla de legitimación excepcional para llevar a cabo el acto de reconocimiento voluntario de filiación extramatrimonial fue recogida por el artículo 353° del Código Civil de 1936, en los siguientes términos:

En caso de muerte o de incapacidad permanente del padre o de la madre, el hijo ilegítimo puede ser reconocido por el abuelo paterno o por el abuelo materno, respectivamente, cuando éstos son padres legítimos del premuerto o del incapaz.

Esta disposición atribuía legitimación extraordinaria para practicar el acto de reconocimiento de hijo extramatrimonial al abuelo materno o paterno respectivamente, en los casos en los que el padre o madre adolecieran de incapacidad permanente; siempre que aquellos fueran padres legítimos del premuerto o incapaz.

Y es justamente el contenido normativo de este artículo el que debe ser aplicado a la solución del presente caso, toda vez que el acto de reconocimiento contenido en la partida de nacimiento presentada por el demandante como sustento de su petitorio fue practicado durante el periodo de vigencia de este cuerpo normativo.

Noveno: En este caso, las instancias de mérito han determinado que el acto de reconocimiento contenido en la partida de nacimiento presentada por el actor para sustentar su petitorio (fojas cuatro) no ha sido realizado por la propia causante, sino por un familiar que se podría encontrar legitimado por la ley para practicarlo. Y, en efecto, la observación de la referida partida permite evidenciar esto mismo:

La partida de nacimiento contiene el acto de reconocimiento de filiación extramatrimonial de la causante Eusebia Quispe Viviano, respecto al ahora demandante, practicado el veintitrés de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

No obstante, este reconocimiento no es practicado por la propia causante, sino por su padre, el señor Teodoro Quispe Apumayta, quien firmó como declarante.

Décimo: Ahora bien, no debe perderse de vista que en el momento en que se realizó el acto de reconocimiento, la causante Eusebia Quispe Viviano contaba con trece años de edad (pues, de acuerdo a la partida de nacimiento de fojas ciento treinta y cinco, ésta nació el veintiuno de enero de mil novecientos veintiocho) y, por tanto, en atención a lo prescrito por el artículo 9° del Código Civil de 1936 vigente en esa fecha tenía la condición de incapaz absoluta, encontrándose impedida de realizar el reconocimiento por sí misma.

En este sentido, dado que en la fecha del nacimiento del demandante la causante se encontraba imposibilitada de realizar el acto de **reconocimiento** del ahora demandante, por tener la condición de incapaz absoluta de acuerdo a la ley vigente, puede desprenderse válidamente que el padre de la misma contaba con la legitimación extraordinaria prevista en el artículo 353° del Código Civil de 1936 para realizar tal acto. Sobre todo, si este último era, además, padre legítimo de la señora Eusebia Quispe Viviano, conforme se desprende de la partida de nacimiento obrante a fojas ciento treinta y cinco.

Undécimo: En este punto conviene hacer una precisión más. Cuando el artículo 353° del Código Civil de 1936 hacía referencia a «incapacidad permanente» del padre o de la madre, debe entenderse que el legislador buscaba restringir la aplicación del supuesto de legitimidad extraordinaria contenido en esta disposición a los casos en los que la incapacidad sufrida por el padre o madre tuvieran carácter duradero, impidiendo que pueda ser empleada en aquellos supuestos en los que la incapacidad del padre o la madre fuera momentánea o fugaz y, por tanto, fuera fácilmente superable.

Sería incorrecto considerar que la referencia a «incapacidad permanente» tuviera como propósito descartar cualquier supuesto en el que la incapacidad del padre o la madre fuera definitiva o no tuviera limitación de tiempo, pues de ser así, la norma perdería eficacia práctica, al resultar inútil para casos -como el presente- en los que la incapacidad de los padres se produjera a causa de su precocidad. Por lo que debe

interpretarse -funcional y teleológicamente que dicha referencia incluye no solo a los supuestos en los que la incapacidad no tuviera límite de tiempo, sino también a aquellos en los que, a pesar de tenerlo, la incapacidad tuviera carácter durable o de larga duración (v.g., cuando la madre o el padre no tuvieran aun la edad necesaria para poder **reconocer al hijo extramatrimonial**).

Duodécimo: Siendo ello así, se desprende que, al haber considerado inapropiada a la partida de nacimiento obrante a fojas cuatro para acreditar que el demandante es **hijo extramatrimonial** de la causante, el Ad-quem ha vulnerado lo previsto en el artículo 353° del Código Civil de 1936, incurriendo en la infracción normativa de carácter material denunciada por el recurrente.

El mérito de esta conclusión se acentúa, además, si se tiene en cuenta que las instancias de mérito han determinado, además, que la partida de nacimiento que ha sido objeto de comentario contiene también una rectificación dispuesta por orden judicial, en virtud a la cual se ha rectificado el nombre de la madre contenido en ella, a fin de hacerla corresponder con precisión con el nombre de la causante «Eusebia Quispe Viviano»; a partir de lo cual puede desprenderse que en un proceso judicial iniciado con anterioridad por el actor, éste ha logrado acreditar su entroncamiento que mantiene con aquella, y es bajo esta premisa que el órgano jurisdiccional dispuso la corrección del nombre de su madre en el referido documento.

RESOLUCIÓN:

Por cuyas razones: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas ciento noventa y tres, por don Luis Alberto Rivera Quispe; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fecha diez de marzo de dos mil catorce, obrante a fojas ciento setenta y ocho; y, actuando en sede de instancia, **REVOCARON** la sentencia apelada de fecha cinco de julio de dos mil trece, obrante a fojas ciento veintisiete, que declaró improcedente la demanda, y, **REFORMÁNDOLA**, la declararon **FUNDADA**; en consecuencia, declararon que

don Luis Alberto Rivera Quispe: **a)** Tiene la condición de heredero de quien en vida fuera doña Eusebia Quispe Viviano; y, **b)** Tiene derecho a concurrir con los demás herederos de esta última sobre las acciones y derechos correspondientes al predio rústico denominado Parcela N° 43 del Fundo Pasamayo, identificado con unidad catastral N° 10279, e inscrito en la partida registral N° 20003486 del registro de la propiedad inmueble de Huaral, a razón de un veinticinco por ciento (25%) de las acciones y derechos del bien, ordenando la inscripción de esta decisión en el registro de sucesiones intestadas y el registro de la propiedad inmueble respectivos; **MANDARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial «El Peruano», conforme a ley; en los seguidos por la parte recurrente contra don Santiago Alfonso García Quispe y otros, Sobre declaratoria de herederos; y los devolvieron. juez supremo ponente: **Rodríguez Chávez.**

S.S.

TELLO GILARDI

VINATEA MEDINA

MORALES PARRAGUEZ

RODRÍGUEZ CHÁVEZ

RUEDA FERNÁNDEZ